

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 42.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

RISQUES DANS LES CONTRATS

DROIT FRANÇAIS

DE LA TENTATIVE

EN MATIÈRE CRIMINELLE & CORRECTIONNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 2 juillet 1889, à 2 heures 1/2

PAR

A. DUFRÈCHE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. DESJARDINS, professeur.

Suffragants : { MM. LABBÉ, } professeurs.
 { BEUDANT, }
 { LARNAUDE, } agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1889

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

RISQUES DANS LES CONTRATS

DROIT FRANÇAIS

DE LA TENTATIVE

EN MATIÈRE CRIMINELLE & CORRECTIONNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 2 juillet 1889, à 2 heures 1/2

PAR

A. DUFRÈCHE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. DESJARDINS, professeur.

Suffragants : { MM. LABBÉ,
BEUDANT, } professeurs.
LARNAUDE, agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

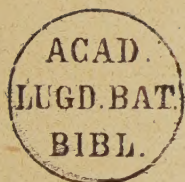
PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1889



DROIT ROMAIN

DES

RISQUES DANS LES CONTRATS

INTRODUCTION

L'obligation est définie par les lois romaines : « *Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* (1) ». C'est un lien qui a deux aboutissants ; il suppose deux personnes dont l'une a abdiqué en faveur de l'autre une partie de sa liberté en s'engageant ou à accomplir un acte que le droit commun ne lui impose pas, ou à s'abstenir d'un fait naturellement permis ; c'est une chaîne légale qui rattache deux parties ; la partie enchaînée s'appelle débiteur ; celle qui est maîtresse du lien s'appelle créancier : ce lien qui n'a rien de matériel consiste dans les moyens mis à la disposition du créancier pour qu'il puisse obtenir l'accomplissement de la prestation qui lui est due. L'autorité publique

1. *Institutes*, livre III, titre 13. Pr.

intervient pour lui donner une action qui amènera la condamnation du débiteur.

Il y a dans la définition précédente une figure intéressante à remarquer et qui est poursuivie jusqu'au bout : en effet, l'obligation est créée : le débiteur est lié ; elle est exécutée, le débiteur est délié : *solutus est*.

Cette chaîne légale qui attache le débiteur au créancier est destinée à disparaître un jour ou l'autre : le plus souvent, c'est le débiteur qui la brise lui-même : un paiement intervient : l'extinction de l'obligation est opérée par la prestation de ce qui était dû. Quelquefois, il faut que les deux parties interviennent : ceci a lieu dans la remise de dettes, dans le cas du *contrarius consensus*, dans la novation.

Parfois la chaîne se brise sans une intervention directe des parties, comme dans la compensation et la confusion ; mais il faut dans la première hypothèse que la compensation soit invoquée en justice, et dans la deuxième, que le contractant accepte la succession de son co-contractant, à moins qu'il ne soit un de ses héritiers siens ou nécessaires.

Il peut arriver que l'exécution de l'obligation devienne impossible, parce que la chose qui faisait l'objet de l'obligation vient à périr ou à subir une détérioration, recherchons les conséquences qui peuvent résulter de cette impossibilité.

Trois cas peuvent se présenter :

a). L'impossibilité provient d'un fait émanant du débiteur, celui-ci doit évidemment en supporter la responsabilité ; il s'agit ici non pas de risques, mais de responsabilité ; l'ensemble des règles qui aideront à en fixer le degré constitue la théorie des fautes.

b). L'impossibilité d'exécuter peut survenir pendant la demeure du débiteur ; quelle sera l'influence de la mise en demeure sur la responsabilité du débiteur ?

Cette question donne naissance à la théorie de la demeure.

c). Enfin l'impossibilité d'exécuter l'obligation ne peut pas se rattacher à un fait du débiteur et vient à un moment où le débiteur n'est pas en demeure.

Quelles sont les conséquences de cette situation tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard du créancier ? La solution de cette question se trouve dans l'étude de la théorie des risques, c'est à son examen que nous consacrerons ce travail.]

La théorie des risques est générale, et vise toutes les obligations, quel que soit leur objet : obligations portant sur une *res certa*, sur une chose de genre, obligations de faire ou de ne pas faire : sans doute elle recevra ses plus fréquentes applications dans les obligations de corps certains : c'est dans cette espèce que la perte ou la détérioration se rencontreront le plus généralement : la perte pourra être physique, c'est-à-dire consister dans la désagrégation totale ou partielle des molécules qui la constituent, ou juridique : elle vient alors de ce que la chose due a acquis un caractère qui la rend impropre à faire l'objet d'une obligation. L'impossibilité d'exécuter une obligation portant sur des choses de genre sera plus rare, mais elle peut se réaliser : on peut d'abord concevoir la disparition d'une espèce : de plus les choses considérées en genre peuvent disparaître juridiquement : le législateur peut leur imprimer un caractère, qui les rendra impropres à faire l'objet d'une obligation ; il peut les mettre hors du commerce. Quant à l'exécution d'une obligation de faire, elle peut être rendue impossible par tout événement dont le résultat est d'empêcher l'accomplissement de la prestation due ; et l'exécution de l'obligation de ne pas faire, deviendra impossible toutes les fois que le fait dont le débiteur avait promis de s'abstenir se trouvera accompli.

La théorie des risques se présentera dans des conditions absolument différentes, suivant qu'on l'envisage dans les contrats unilatéraux ou les contrats synallagmatiques. Dans les premiers, on n'a qu'à examiner les conséquences de l'événement en ce qui concerne l'obligation dont l'exécution est devenue impossible : au contraire, dans les contrats synallagmatiques, on a en outre à s'occuper du sort de l'obligation correspondante à sa prestation qui ne peut plus être fournie : ainsi dans la vente, lorsque l'une des parties, tel que le vendeur, à cause de la perte fortuite de la chose qu'elle devait livrer, se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, l'autre partie est-elle toujours obligée de remplir son engagement, si elle le peut ?

Telle est la question à laquelle on persiste à donner des solutions diverses : ce qui a rendu cette controverse interminable, c'est qu'au premier abord les textes du droit romain sur la vente et le louage paraissent opposés : d'où certains auteurs ont conclu que les décisions données en matière de louage formaient la règle, et que celles en matière de vente étaient exceptionnelles : tandis que ces dernières sont considérées comme formant la règle par d'autres interprètes.

Outre cette divergence, les dispositions des lois romaines sur les risques et périls dans les contrats innommés sont diversement interprétées et invoquées de part et d'autre, comme nous verrons plus loin.

Ainsi cette question est si controversée qu'au milieu des opinions opposées que l'on rencontre, on serait tenté de se demander si ce n'est pas poursuivre une chimère, que d'essayer de ramener à quelque unité, à quelque principe, les règles ordinairement invoquées à ce sujet. Le droit romain est-il resté conséquent ? Peut-on reconnaître le même principe dans toutes ces décisions, lorsqu'on les soumet à une analyse sé-

rieuse? Je le crois. Quand il s'agit de l'appréciation juridique d'un acte, le droit romain s'attache, avec une constance que l'on ne voit pas se démentir, à la volonté de l'agent; il fait prévaloir la partie subjective, interne, intentionnelle de l'acte, et il subordonne rigoureusement la réparation civile, aussi bien que la peine, à la condition de l'imputabilité: il n'attribue au hasard aucune influence sur le contrat, et décide, par conséquent, qu'aucune des parties contractantes n'est tenue de réparer le cas fortuit s'il ne lui est imputable: voilà l'idée qui a servi de guide aux jurisconsultes romains, et dont il ne se sont pas départis.

Sans entrer ici dans de longs développements, il nous sera facile de citer quelques exemples qui sont de nature à mettre en relief ce caractère de la législation romaine, soit que le fait de l'homme apparaisse sous le rapport de la criminalité et de la peine, soit qu'on ne l'envisage que sous le rapport des réparations civiles.

En droit criminel, les dispositions dans lesquelles se réfléchit le plus fidèlement ce caractère, sont celles qui assimilent dans plusieurs cas graves la tentative du crime au crime consommé; dans certains crimes, le fait extérieur est tellement dominé par l'intention criminelle que celle-ci, dès qu'elle s'est révélée par des actes, ces actes n'eussent-ils été que préparatoires, est placée au même degré de pénalité que le crime consommé. C'est ainsi que la loi Pompéia réservait la peine du parricide à celui qui avait acheté du poison dans l'intention de le commettre; que la loi Cornélia et la loi Julia ont puni comme le crime consommé, l'intention jointe au fait, de porter des armes ou d'autres objets qui devaient servir à l'exécution (L. 1, D. XLVIII-9; L. 1, Pr., D. XLVIII-8; L. 1, D. XLVIII-6; L. 14, D. XLVIII-8; L. 5, C. IX-8).

D'un autre côté, tout fait qui échappe à l'imputabilité n'en-

traîne ni peine ni réparation civile ; ainsi : 1° les enfants, les furieux ne sont aucunement tenus de réparer les dommages qui sont la conséquence directe ou indirecte de leur fait ; leurs tuteurs ou gardiens en sont seuls responsables, s'il y a quelque faute à leur imputer. L. 5, § 2. D. IX-2, L. 14 ; D. I-18 L. 61, D. XXVI-7 ; L. 31, D. IX-4 ; L. 12, D. XLVIII-8 ; 2° le dommage causé par les animaux, s'il ne s'y joint quelque faute de l'homme, comme dans le cas où l'animal fut excité ou mal gouverné par son conducteur, ne soumet immédiatement le propriétaire ou possesseur de l'animal à aucun dommage et intérêt.

Il n'est pas personnellement tenu ; il n'est qu'obligé à livrer l'animal en la puissance et possession de la partie lésée, à la *noxalis deditio* ; 3° encore moins le dommage causé par des objets inanimés, par la ruine d'une maison, la chute d'un arbre, soumet-il le propriétaire à aucune espèce de responsabilité civile. La partie lésée n'a qu'un droit de retention sur les objets qui sont tombés sur sa propriété, sauf au propriétaire à les reprendre s'il veut réparer le dommage. Il est vrai qu'au moyen de la *novi operis nuntiatio*, ou de la *cautio damni infecti*, l'on pouvait se mettre en sûreté contre le dommage que l'on avait à craindre, soit de la vétusté des constructions avoisinantes, soit de toute entreprise qui eût pu porter préjudice à la propriété ; mais ces remèdes mêmes qu'offrait le droit prétorien ne font que mieux constater le principe que le dommage, qui n'est pas imputable, n'entraîne aucune réparation civile.

L'application du principe est sans doute susceptible de se modifier suivant la nature diverse de plusieurs contrats, mais le principe demeure invariable ; et c'est pour ne pas avoir remonté jusqu'à lui, c'est pour avoir pris comme point de départ, des règles qui ne sont que les conséquences d'un principe général, que la théorie des risques et périls a été

embarrassée de tant de difficultés : c'est ce que nous nous efforcerons de démontrer dans ce travail.

Dans le premier chapitre, nous définirons le cas fortuit, et nous expliquerons certaines règles élémentaires dont l'examen est indispensable pour aborder l'étude du sujet.

Dans un deuxième, nous nous occuperons des obligations unilatérales.

Dans un troisième, nous examinerons les principes régissant notre matière dans les contrats synallagmatiques.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION DU CAS FORTUIT ET EXPLICATION DE QUELQUES RÈGLES QUI LUI SONT RELATIVES.

Le mot, cas fortuit, implique l'idée d'une cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur : *omnem vim cui resisti non potest*, disait Ulpien. L. 15, § 2. Dig. XIX 2. *Quam nullum humanum consilium providere potest*, disait le même jurisconsulte. L. 2, § 7. D. L. 8.

Lorsque les jurisconsultes romains entendent parler d'un fait non volontaire, et en même temps non imputable, lorsqu'ils opposent le cas fortuit à la *custodia*, au plus haut degré de vigilance dont on soit tenu en vertu de certains contrats, ils se servent de ces expressions : *major casus* (L. 18. D. XIII. 6) *vis major* (L. 13 § 1, D. XIII. 7) *casus fortuitus, qui prævideri non potest* (L. 6. Code IV. 24. L. 22. Code II. 19), et sous ces dénominations ils comprennent : les tempêtes, le feu du ciel, les pluies, les chaleurs et les frimas excessifs. L. 25, § 6 et l. 15. Dig. XIX.-2 ; les incendies, les ruines, les naufrages. L. 5, § 4, D. XIII.-6, les inondations, l'invasion de l'ennemi, le brigandage, la piraterie, la fuite des esclaves qu'on n'a pas l'habitude de surveiller, L. 23, D. L. 17, le dommage qui tombe sous l'application de la loi Aquilia y est également compris : *Qua enim custodia, dit la loi 41. D. XIX.-2, consequi potuit ne damnum injuria ab alio dari possit.*

Ce n'est pas à dire que le dommage causé par un de ces événements exclue toujours toute imputabilité.

La question de savoir où l'imputabilité cesse, et où le hasard commence, est avant tout une *quæstio facti*.

C'est pourquoi, tel événement qui, en règle générale, est considéré comme fortuit, peut dans telle circonstance, être imputable à raison de quelque faute, de quelque défaut de prévoyance qui l'a précédé : ainsi la mort d'un esclave n'est réellement un cas fortuit que lorsqu'aucune faute ne l'a précédée : la fuite d'un esclave ne serait pas non plus un événement fortuit, si l'esclave avait été connu comme fuyard. Enfin le *damnum injuria datum* n'est un cas fortuit que pour autant qu'il n'a pu être empêché.

Quant au vol, s'il n'a pas été commis avec une force majeure, il ne saurait être considéré comme cas fortuit, aucune loi ne le considère comme tel. De plus, des lois formelles distinguent la responsabilité du vol de celle du hasard et de la force majeure. La loi 2, §§ 2 et 3, D. XVII, 2, rend l'associé qui après estimation a reçu des objets appartenant à la société, responsable du vol : elle le rend responsable du vol parce que cet associé, dit la loi est tenu de la *custodia*. Toutefois il résulte de ce texte, ainsi que de plusieurs autres (L. 3, D. XVIII, 6, L. 10, § 1, D. XIII, 6) que la *custodia*, la responsabilité du vol commis sans violence, tient une espèce de milieu entre le cas fortuit et la faute : c'est un cas qu'on peut éviter par une surveillance extraordinaire, par l'emploi de gardiens ; et c'est là aussi le motif pour lequel les anciens interprètes, à peu d'exceptions près, ont distingué trois degrés de faute.

On trouve souvent, dans les textes qui concernent notre sujet, les expressions suivantes : *meum est damnum*, *meum est periculum*, *res mihi perit*, *ad meum incommodum pertinet* (1) Pour en exposer clairement le sens, il faut distinguer : A.

1. L. 19. D. V-3. L. 14, § 1, D. XVIII-6. L. 1, § 1. D. XVIII-6.

— S'agit-il d'une obligation unilatérale, ces expressions, lorsqu'elles sont rapportées au débiteur, signifient que celui-ci, non-seulement perd la chose, mais que malgré la perte il est obligé, que par conséquent il ne sera libéré qu'en fournissant l'estimation ou une autre chose du même genre. C'est dans ce sens que dans le *mutuum* le débiteur est dit porter le péril ; car il ne cesse pas d'être obligé. Après la perte de la chose, la *condictio* pourra être intentée contre lui, la loi 9, § 9, D. XII-1 dit : *Ergo transit periculum ad eum qui mutuum rogavit et poterit ei condici*. La loi 1, § 4, D. XLIV-7, dit dans le même sens : *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet*.

Ces mêmes expressions, appliquées au créancier, doivent être comprises en ce sens que la perte de la chose due, non seulement le prive de l'obtention de cette chose, mais libère le débiteur, de telle sorte que celui-ci, ne doit plus ni la chose, ni l'estimation, c'est ce que nous voyons dans le dépôt, le *commodat*, les legs et les stipulations en général (L. 39. D. XLVI-3. L. 3 et 4. D. XXII-2. L. 1 Code IV-33).

En égard au débiteur comme au créancier, le sens de ces locutions, se démontre avec évidence, par une seule décision sur le *periculum rei* dans l'obligation alternative. La loi 34, § 6, D. XVIII-1 dit que la première chose péricule aux risques du débiteur, et la seconde aux risques du créancier : *Ideo prioris periculum ad venditorem...* Qu'est-ce à dire ? C'est que le débiteur (vendeur), malgré la perte de la première chose, demeure obligé, car il doit la seconde : *Posterioris ad emptorem perlinet...* c'est-à-dire que le créancier (acheteur) lorsque la seconde péricule, ne peut obtenir ni la chose même, ni l'estimation, et doit cependant payer le prix.

B. — Dans les contrats synallagmatiques, ces mots appliqués au débiteur signifient qu'il perd la chose sans pouvoir ré-

clamer l'exécution de l'engagement que l'autre partie a pris envers lui.

Rapportés au créancier, ils signifient que celui-ci n'obtient ni la chose, ni l'estimation, et demeure néanmoins obligé de tenir son engagement. Ainsi dans la vente conditionnelle, ou dans celle faite, *ad gustum ad pondus, mensuram*, le vendeur est dit supporter le péril, non pas parce qu'il perd la chose, mais parce qu'il ne peut pas en réclamer le prix, parce qu'il ne peut pas exiger de l'autre partie l'exécution du contrat. Lois 5 et 8. D. XVIII-6.

Et au cas contraire, lorsqu'il conserve le droit de demander le prix, les lois romaines disent du vendeur : *Desinit ejus esse periculum, periculo liberatur*. L. I, § I, D. XVIII-6.

Quand il s'agit de l'acheteur créancier de la chose, et que la vente est pure et simple, et d'une *species*, les lois romaines disent que la chose est à ses risques et périls, parce que si elle périt dans les mains du vendeur, l'acheteur demeure obligé à payer le prix, bien qu'il n'obtienne pas la chose, loi 4, § 1, D. XVIII-6.

En résumé, les expressions *res mihi perit*, etc., quand il s'agit du débiteur *res debitoris periculo est, perit debitori*, se rapportent non pas à la perte pure et simple de la chose due : elles se rapportent à la perte sans libération, dans les obligations unilatérales, sans droit à la prestation qui devait avoir lieu d'autre part, dans les obligations synallagmatiques.

Enfin ces mêmes locutions, lorsqu'il s'agit du créancier : *res creditoris periculo est, perit creditori*, se rapportent non pas à ce que le créancier ne peut obtenir la chose, mais à ce qu'il n'a pas d'action à l'effet d'en obtenir l'estimation dans les obligations unilatérales, ou bien à ce que, malgré la perte de la chose dont il n'obtient pas l'équivalent, il doit néanmoins exécuter le contrat, dans les obligations synallagmatiques.

On invoque souvent en matière de risques et périls, la règle : *res perit domino* : mais cette règle soit qu'on la restreigne aux pertes fortuites qui ont lieu en dehors des obligations, soit qu'on l'étende à celles qui ont lieu dans les rapports contractuels, est dans tous les cas trop étroite, et conduirait à des conséquences que l'équité repousse : de plus, elle est étrangère au droit romain.

Elle est trop étroite, car la perte de la chose frappe non-seulement le propriétaire, mais quiconque y a acquis un droit réel.

Il y a plus, la règle ne nous apprend rien sur les risques et périls en matière d'obligations ; car dans les contrats ou quasi-contrats, le péril ne consiste pas dans la perte de la chose, mais dans la perte du droit résultant du contrat. Ainsi le vendeur, si le corps certain qu'il a vendu périt fortuitement et avant la livraison, perd sans contredit sa propriété ; mais il ne porte pas le risque et péril, puisqu'il conserve le droit résultant de la vente.

De même, celui qui a reçu un *indebitum* devient propriétaire. Si la chose périt fortuitement, il perd sa propriété, mais il ne porte pas le risque et péril, parce que celui qui avait payé l'*indebitum*, perd son droit de répéter la chose.

De même encore, celui qui doit la chose *ex stipulatu* ou l'héritier qui a été chargé de donner sa chose au légataire, perdent évidemment leur propriété ; mais ce sera le stipulant, ce sera le légataire qui supportera le risque et péril, parce que la perte de la chose éteint le droit résultant de la stipulation et du legs.

Aussi, plusieurs jurisconsultes qui dans le dépôt, le *commodat*, dans le gage, dans le louage (1) ont coutume d'invoquer

1. Pothier. *Traité des contrats de bienfaisance*, tome I, n° 55.

la règle : *casum sentit dominus*, n'ont pas manqué de faire observer que cette règle n'est pas d'une application générale, et qu'elle souffre exception toutes les fois qu'on oppose le propriétaire à celui qui doit acquérir la chose, et que dans ce cas on suit la règle : *Species perit creditori* (1).

Mais aucune de ces règles ne s'applique aux obligations d'un *facere*; d'ailleurs la règle : *species perit creditori*, n'est qu'une conséquence particulière des principes que nous avons posés plus haut; et quant à la règle, *res perit domino*, elle ne se trouve formulée nulle part dans les sources du droit romain.

Cependant on croit en trouver le fondement dans la loi 9, Code IV-24.

Dans cette constitution, les empereurs Dioclétien et Maximien décident que la chose est aux risques et périls de celui qui l'a donnée en gage et ils semblent fonder cette décision sur ce que *pignus in bonis debitoris permanet*. Tout en décidant conformément aux principes généraux du droit, les empereurs ne se sont pas rendu compte des motifs qui dominaient leur décision. En effet, dans le cas qui leur était soumis, les qualités de propriétaire du gage et du créancier, quant à la restitution, se trouvaient réunies dans la même personne, de sorte qu'au premier abord on pouvait être tenté de les confondre et d'autant plus facilement que dans le contrat de gage, le créancier, quant à la restitution est ordinairement appelé débiteur par la raison que le plus souvent il doit la somme pour la sûreté de laquelle le gage a été donné, et que dans leur constitution les empereurs eux-mêmes se servent de cette terminologie. On conçoit ainsi aisément qu'ils aient qualifié de propriétaire celui qui ne figurait dans l'espèce que comme cré-

1. Idem. *Traité de la Vente*, n° 307.

ancier. Aussi cette loi n'avait-elle nullement pour objet de formuler la règle invoquée ci-dessus ; jamais pas même dans le dépôt, dans le *commodat* les juriconsultes romains n'ont invoqué la circonstance que le créancier était propriétaire ; ils se sont toujours fondés sur ce que le débiteur était tenu d'une *species de re ipsa restituenda*.

On peut, je crois, donner de l'apparition de cette règle une explication plus satisfaisante. Le droit romain, nous l'avons dit, est resté fidèle au principe de l'imputation en dehors du lien contractuel comme dans le lien contractuel ; le droit germanique, au contraire, n'a jamais fait dépendre ni dans le lien contractuel ni en dehors de ce lien, la réparation des dommages de la condition de l'imputabilité ; par conséquent à l'un et à l'autre égard, les principes du droit romain et du droit germanique sont opposés.

En droit criminel la tentative du crime, bien que dans quelques cas elle fût déclarée punissable, n'était cependant punie que d'une amende deux fois moindre que le crime consommé. (*Lex Salica*, tit. XIX, chap. I., et titre XXI, chap. 1, 2.

Le rapport purement extérieur de l'agent avec un dommage causé suffisait pour entraîner la réparation civile ; ainsi : 1° Le dommage causé par les personnes privées d'intelligence et de raison donnait lieu à la réparation civile (*Lex Salica*, tit. XVIII, § 6 ; 2° Le dommage même non imputable, et même celui causé en légitime défense n'échappait pas à la *compositio*. *Lex Saxonum*, tit. XII, cap. V : « *Si ferrum casu elapsum hominem percusserit, ab eo cupas manum fugerat, componatur excepta faida camende* » ; 3° Les dommages causés par les animaux doivent être réparés par le maître. *Lex. Sax.*, tit. XIII : *Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo cujus esse constiterit, componatur* » ; 4° Enfin pour ce qui concerne le dommage causé par les objets inanimés, le propriétaire doit les

abandonner ou réparer le dommage. *Lex Ripu.* tit. LXX, § 1 ; pour le cas où deux vaisseaux ont été jetés l'un contre l'autre par la tempête, le droit germanique, à la différence du droit romain qui n'accordait aucune action (L. 29, § 3, D ; IX-2. L. 1, § 11. D. IX-1), faisait supporter les pertes en commun.

La règle que le droit germanique a adoptée, dans les contrats, est absolument celle que les jurisconsultes romains ont suivie pour déterminer de quel degré de la faute les parties contractantes sont tenues entre elles. Puisée dans l'équité, cette règle devait se présenter naturellement, pour les risques et périls, dans un système de législation qui a étendu au-delà du principe de l'imputabilité, l'obligation de réparer les dommages.

Dans les rapports contractuels, le droit germanique fait donc dépendre cette réparation de l'avantage que l'une ou l'autre partie a retiré du contrat, d'après cela, il faut distinguer :

1° Celui qui, en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, détient la chose d'autrui, ne répond pas de la perte fortuite, lorsque l'autre partie retire toute l'utilité du contrat ; en application de cette règle, le tuteur, le dépositaire ne répondent pas du cas fortuit.

2° Il supporte, au contraire le cas fortuit, et doit pleine réparation à l'autre partie, lorsque le contrat a eu lieu par considération pour lui, dans son seul et unique intérêt. En application de cette règle, le commodataire porte le cas fortuit ; mais il peut dédommager le prêteur en lui fournissant une chose également bonne de la même espèce.

3° Lorsque les contractants ont eu en vue leurs avantages réciproques, il faut voir à quelle partie revient l'avantage principal. En vertu de cette considération dans le louage de choses comme dans le louage d'ouvrages, c'est le *locator* qui porte le risque et péril ; dans le contrat estimatoire, c'est le

revendeur : parce qu'à pareilles industries, les locateurs de choses et d'ouvrages, les revendeurs peuvent s'enrichir.

4° Dans les contrats où les avantages sont réciproquement égaux, chaque partie supporterait la perte de l'intérêt qu'elle avait à la chose, c'est ce qui a lieu dans le contrat pignoratif : Lorsque le gage périt fortuitement, le débiteur perd sa chose, le créancier perd sa créance.

Si pourtant c'est le créancier gagiste qui recueille le plus d'avantages du contrat, comme au cas où le gage assure le remboursement d'un prêt usurier, ce sera lui qui supportera seul la perte du gage : d'où il suit qu'il devra tenir compte au débiteur de la valeur dont le gage a excédé la somme prêtée.

Telles sont les dispositions du droit germanique sur les risques et périls (1).

Elles ont été modifiées dans le sens du droit romain : mais leur influence n'en a pas été moins remarquable, et se manifeste encore dans les controverses qui se sont engagées sur le droit romain, et dans les règles qui ont été invoquées par différents auteurs.

Telle est la règle : *res perit domino*, qui doit son origine à l'empire que le droit romain a pris sur le droit germanique, les jurisconsultes qui ont voulu faire prévaloir le droit romain, se sont servis de cette règle comme d'une arme, au moyen de laquelle ils ont combattu les dispositions du droit germanique, pour autant qu'elles rendaient le commodataire, le *locator operarum*, l'artisan nanti d'objets appartenant à celui qui avait commandé les travaux, le créancier gagiste responsable des cas fortuits. Même selon toutes probabilités, les anciens Germains, voulaient que quiconque avait la chose d'autrui sous sa

1. Elles se trouvent exposées et démontrées dans l'ouvrage de Hepp : *Die Zurechnung auf dem Gebiete des civil-rechts*, page 126 et suiv.

garde, l'eût aussi sous sa garantie et fut tenu de la restituer quel que fut l'événement qui l'eût fait périr (1), c'est pour faire prévaloir les décisions du droit romain que la règle : *res perit domino* a été formulée ; mais les jurisconsultes romains, si conséquents dans leurs principes, se seraient bien gardés de formuler une règle qui, dans l'application générale, eût été si féconde en incohérences et en contradictions.

Si tant on avait besoin d'un axiome, qui sous une forme brève, présentât le résumé de la théorie des risques en matière d'obligations, et rappelât promptement à l'esprit le principe sur lequel doivent se fonder les règles et décisions concernant cette théorie, il nous semble qu'on pourrait le trouver dans le rapprochement de ces deux propositions, l'une étant subordonnée à l'autre : *interitu certæ rei liberatur reus, impossibilium nulla obligatio*.

Dès lors, quand un corps certain, objet d'une obligation, aurait péri, pour savoir si le débiteur doit supporter les risques, et si par conséquent le créancier conservera le droit né pour lui du contrat, il y aura à examiner si l'objet de l'obligation est d'une exécution possible ou impossible.

Le membre de phrase, *impossibilium nulla obligatio*, rapproché du premier, indique en vertu de quelle raison supérieure puisée dans le Droit, le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de la chose : il invite immédiatement la pensée à réfléchir sur l'événement qui a entraîné la perte de la chose comme sur les diverses circonstances de fait qui en modifiant l'obligation, la rendent exécutable ou non (Cas fortuit, convention qui peut le mettre *a priori* à la charge d'une des parties, faute, demeure).

1. Hepp. *op. cit.*, p. 135-136.

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS UNILATÉRALES.

Comme nous l'avons dit, le caractère distinctif du droit romain, où l'on voit ressortir la partie interne de l'acte, et dont certaines lois criminelles ont exagéré l'importance, jusqu'à punir de la peine même du crime, des actes qui n'ont fait que le préparer, a conduit à cette conséquence, que, d'un autre côté, le seul fait extérieur, s'il n'est pas en rapport avec la liberté de l'agent, s'il n'est pas imputable, ne donne lieu à aucune réparation. Ce principe se trouve nettement formulé dans les deux propositions que nous venons de rapporter. Ainsi le débiteur d'un corps certain est libéré, lorsqu'un cas fortuit détruit l'objet de l'obligation et le met dans l'impossibilité de l'exécuter. Ceci posé, le règlement des risques, dans les obligations qui nous occupent, va être bien simple. Il n'y a qu'une des parties obligée, il n'y a qu'un débiteur, ce débiteur est libéré par la perte fortuite, le créancier ne recevra rien ; mais comme il n'a rien à fournir, il n'a pas à se plaindre : l'objet a-t-il été simplement détérioré, le créancier devra le prendre tel qu'il est au moment de l'obligation, sans pouvoir élever aucune réclamation.

Faisons maintenant l'application de ces principes aux différentes obligations unilatérales connues en droit romain.

Écartons d'abord le *mutuum*, qui ne rentre pas dans l'hypothèse par nous prévue : en effet, ce contrat se formant *re*, et les choses prêtées devenant la propriété de l'emprunteur à la charge pour lui d'en restituer de pareilles, il donne naissance à une véritable obligation de genre : le débiteur n'est pas tenu de *re ipsa*, mais de *re in genere ejusdem quantitatis et qualita-*

lis : or, appliquées à l'obligation d'un genre, les règles que nous avons exposées, conduisent à cette conséquence, que le débiteur porte le risque et péril des corps certains appartenant au genre, qui périssent chez lui avant la livraison : mais comme le débiteur ou le créancier peuvent choisir dans tout le genre, et que le genre ne périclète pas, sauf en des cas très rares, il est évident que la perte d'une ou de quelques espèces ne rend pas l'exécution de l'obligation impossible (1) : le débiteur devra donc toujours en supporter la perte, puisqu'il pourra se procurer des objets semblables, c'est ce que nous dit Gaius. L. 1, § 4, XLIV, 7: « *Et ille quidem qui mutuum accepit, si, quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet* ».

Il importe de remarquer que dans les sources du droit l'emprunteur n'est jamais dit supporter les risques et périls, parce qu'il est devenu propriétaire, mais toujours parce qu'il est *debitor generis* ou *quantitatis*.

Mais la question des risques pourra être soulevée à propos de la stipulation, qui a en droit romain une importance si capitale. Lorsque Primus dit à Secundus : *Hominem stichum mihi dare spondes-ne?* et que Secundus répond : *spondeo*, le contrat intervenu entre celui qui interroge et celui qui répond est une stipulation. Secundus est engagé à donner l'esclave *Stichus* à Primus par cette seule parole : *spondeo*. Si au moment du contrat, *Stichus* était mort, le contrat n'a pas pu se former faute d'objet, et dès lors il n'y a plus qu'une apparence de contrat : mais si au lieu d'une obligation pure et simple, comme dans l'exemple ci-dessus, nous supposons une obligation à terme, et qu'avant l'échéance du terme *Stichus* vienne à mourir, quelle sera la situation du débiteur à l'égard du créancier ? Il sera libéré, parce qu'il est impossible de ressusciter *Stichus* pour le don-

1. L. 33, § 1, DXLVI, 3.

ner à Secundus. Cette solution qui ne peut être mise en doute, est consacrée par des textes formels. L. 23 et 33, XLV-1.

Si le débiteur, en promettant de donner Stichus, avait pris pour assurer son premier engagement, l'engagement accessoire de donner cent francs au cas où il n'exécuterait pas sa promesse, ce second engagement ne devra pas être exécuté par le débiteur : la clause pénale, en effet, étant un contrat accessoire destiné à assurer l'exécution du contrat principal, ne peut frapper le débiteur qu'autant que le défaut d'exécution lui est imputable. L. 69, D. XLV-1.

Toutefois, d'après certains auteurs, le jurisconsulte Paul donne une solution contraire dans le cas que nous venons d'examiner. Il dit dans la loi 22 pr., D. IX-2 : *Proinde, si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium*. Voici le cas prévu : un esclave promis *sub pœna* est tué par un tiers : c'est un cas fortuit pour le débiteur : le tiers tombe sous le coup de la loi Aquilie ; le jurisconsulte décide que le débiteur agira utilement contre le meurtrier par l'action *legis Aquiliæ*. Il faut donc que le débiteur y ait intérêt : cet intérêt ne peut prendre sa cause que dans l'obligation qui subsiste pour le débiteur de payer la *pœna*, puisqu'on ne peut lui réclamer l'esclave. Donc, si la chose promise *sub pœna* vient à périr par cas fortuit, le débiteur doit néanmoins le montant de la *pœna*.

Cette solution serait en contradiction avec le principe général qui a servi de guide aux jurisconsultes dans la question qui nous occupe ; il est possible d'expliquer cette décision de Paul en disant que le jurisconsulte se plaçait dans le cas, où l'esclave n'avait point été promis. et où on aurait stipulé une peine pour le cas où on ne livrerait pas un esclave non dû, c'est-à-dire dans l'hypothèse indiquée par Papinien en ces

termes: « *Si Pamphylum non dederis centum dare spondes.* » ?
l. 115 D. XLV-1.

L'impossibilité d'exécuter l'obligation aura lieu non seulement en cas de mort, mais encore lorsque la *res certa* promise n'est plus *in commercio*.

Je vous ai promis Stichus, l'esclave d'autrui, ou le fonds Cornélien. Stichus est affranchi par son maître, ou bien le fonds Cornélien, de profane qu'il était, devient *res sacra*; l'esclave devenu libre, et les choses sacrées étant hors du commerce, je suis libéré en vertu des principes si souvent rappelés.

Ainsi le débiteur peut se prévaloir de l'impossibilité fortuite, à l'effet de se libérer de la peine; mais ici, je crois, la loi se montre plus sévère envers le débiteur que dans les autres cas, et lui impose le devoir de prouver, non-seulement que la force majeure a eu lieu, mais encore qu'il avait fait de son côté, le nécessaire pour amener l'exécution: *quod per eum non stetit quominus solveretur*, L. 5, pr. D. XII-4. L. 9. D. XXII-2. L. 1, § 8. D. XXXV-2. L. 23, D. XLIV-7: Certains fragments (L. 21, § 9. D. IV-8; et L-2, § 1, 7. D. II, 11) paraissent se contenter de la simple impossibilité fortuite, mais les cas spéciaux dont ces passages traitent renferment *ipso facto* la preuve que nous exigeons. Aussi les décisions qui suivent immédiatement le dernier texte et qui se rapportent à des faits d'un autre genre, consacrent-elles formellement notre théorie. L. 2, §§ 6, 8, 9. D. II-11. (1) Que décider dans le cas où la chose, objet du contrat, a repris son ancien état, et est revenue *in commercio*?

Una atque eadem causa et liberandi, et obligandi esset, quod aut dari non possit, parce que l'impossibilité d'exécution est en raison directe avec la rupture du lien de droit, et la possibi-

1. Nous verrons la cause de la sévérité de la loi sur ce point en nous occupant des contrats innomés.

lité d'exécution, avec l'existence de ce lien. Paul parle dans ce texte de ce qui doit être décidé en matière de stipulation, il donne la même solution pour la matière des legs dans la loi 27, § 1, D. XXXIV-IV.

De même dans le *commodat*, si la perte ou la dégradation proviennent d'un accident qu'il n'a pas été au pouvoir de l'emprunteur de prévoir ou d'empêcher, et qui serait également arrivé chez le prêteur, l'emprunteur ne saurait être responsable, puisque le prêt n'a pas donné lieu à l'accident (Loi I, § 4, D. XLIV-7).

La différence de traitement entre l'emprunteur à *mutuum* et l'emprunteur à *commodat* s'explique par cette raison que le premier, devient par la translation de la propriété des choses prêtées, débiteur d'un *genus*, tandis que le commodataire ne devenant pas propriétaire, reste débiteur d'un corps certain ; or, nous connaissons le principe : *interitu rei certæ liberalatur debitor*.

Dans le dépôt le dépositaire est également libéré par le cas fortuit : les risques sont pour le déposant, créancier et propriétaire. L. 1, § 5, D. XLIV-7.

Dans le gage, les risques sont pour le débiteur, loi 21, § 2, D. XX-I, mais cette solution ne contredit en rien celles que nous avons données dans les cas précédents.

Cette qualité de débiteur, chez celui qui a engagé la chose n'est qu'apparente : en réalité c'est lui qui est ici créancier au point de vue du gage, et son créancier, par l'obligation née du gage, est devenu son débiteur, quant à la restitution de l'objet livré ; cette solution n'est donc qu'une nouvelle application du principe précité.

Examinons l'obligation de restituer née, pour le mari, de la *datio dotis*. Le mari a reçu une dot. Au moment où cette dot doit être restituée, les objets dotaux ont pu périr, en totalité ou en partie. Pour qui seront les risques ? Distinguons :

La dot comprend des immeubles et des meubles qui n'ont pas été estimés. Le mari devient propriétaire des uns et des autres : pour les immeubles, cela ressort avec évidence des dispositions de la loi Julia sur l'aliénation du fonds dotal ; pour les meubles, cela n'est pas moins certain, puisque les textes donnent le droit de les revendiquer au mari, et le refusent à la femme : cette propriété est sans restriction pour les meubles, mais elle est limitée en ce qui concerne les immeubles, par la prohibition d'aliéner et même d'hypothéquer. Cela étant, voici comment seront répartis les risques : ceux des immeubles sont à la charge de la femme, puisque le mari est vis-à-vis d'elle débiteur de corps certains. Quant aux meubles, par l'effet seul de la *dotis*, ils sont devenus la propriété complète et absolue du mari, qui peut en disposer comme il l'entend : mais il reste tenu, vis-à-vis de la femme d'une dette de corps certains. Aussi si ces meubles périssent ou se détériorent, les risques sont à la charge de la femme qui devra les reprendre dans l'état où ils seront, sans avoir droit à une indemnité. l. 26, D. XXIV-3.

Si nous supposons que les choses mobilières ou immobilières ont été apportées en dot avec estimation, de droit commun, et en l'absence d'une clause particulière, cette estimation vaut vente ; le mari est réputé avoir acheté la dot moyennant le prix de l'estimation, il devient débiteur de cette valeur, c'est-à-dire d'un *genus*. Lors même que la dot viendrait à perdre en tout ou en partie, il restera toujours tenu de l'action de dot : en un mot il supporte tous les risques, loi 10, pr. et § 1 et § 5, *in fine* D. XXIII-3.

Si les choses ont été estimées, et ont péri avant le mariage, on décide, conformément aux règles de la vente conditionnelle, que la perte totale est pour la femme ; le mari supporte la perte partielle (*eodem loco*).

Examinons ce qui concerne les obligations alternatives et les obligations facultatives.

L'obligation alternative est celle qui porte sur deux ou plusieurs objets dûs, de telle façon que le débiteur se libère en payant l'un d'entre eux (loi 44, p. 3. D. XLIV-7). Le choix à faire entre les choses comprises dans l'obligation peut appartenir au créancier ou au débiteur; pour bien apprécier qui du créancier ou du débiteur doit supporter les risques, il faut se placer dans cette double hypothèse :

a) Le choix appartient au créancier.

La perte fortuite de la chose est antérieure à toute option faite par le créancier; elle fait cesser la faculté de choisir; elle enlève au créancier l'avantage de l'option; le créancier ne peut plus exiger que la chose qui subsiste. Papinien le dit en termes formels dans la loi 95, Pr., D. XLVI-3, le créancier peut éprouver un dommage, car l'avantage auquel le contrat lui donnait droit se trouve fatalement réduit par le cas fortuit; la solution contraire aurait pu être plus préjudiciable au débiteur, car il aurait pu être forcé de payer une somme d'argent, représentant la valeur de la chose perdue, lorsqu'il ne s'attendait à livrer qu'une chose en nature.

b) Le choix appartient au débiteur.

L'une des choses comprises dans l'alternative périt, avant que ni l'une ni l'autre des parties ne soit en demeure : quelle est la conséquence de cette perte ? Le débiteur a-t-il perdu l'avantage du choix ? Ne pourrait-on pas soutenir qu'il peut encore offrir l'estimation de celle qui a péri, au créancier ?

Papinien, dans la loi 95, § 1, D. XLVI-3, semble dire que le débiteur est déchu par un événement fortuit du bénéfice de l'option. L'objet qui reste est donc dû déterminément, sans alternative. C'était l'interprétation donnée par Dumoulin : *Extricable labyrinthi dividui et individui*, part. II, n° 149,

tome III, p. 137. D'après lui, ce résultat était conforme à l'intention des parties, *quia electio (ipso jure) data vel etiam expresse reservata debitori intelligitur quamdiu vera et efficax electio fieri potest, secundum naturam veræ electionis*.

Pothier adopte cette explication et l'insère dans le *Traité des obligations*, n° 250.

Pellat l'approuve complètement : « Si l'un des deux objets a péri, l'autre reste seul dû, et peut seul être demandé... Le débiteur ne peut pas offrir au créancier cette estimation s'il la juge inférieure à la valeur de la chose qui subsiste ». Textes des *Pancloides*, p. 193-194.

Mais on trouve au Digeste une loi d'Ulpien. L. 47, § 3, XXX-1° qui donne une solution contraire : ce jurisconsulte accorde au débiteur la faculté de se libérer en payant, au lieu de la chose qui reste, la valeur de celle qui a péri. Il prévoit l'hypothèse où un testateur a légué l'un ou l'autre de deux esclaves au choix de l'héritier ; avant que l'héritier ait choisi l'un des deux esclaves disparaît par un fait étranger au débiteur. Il décide que l'héritier pourra se libérer en livrant l'esclave qui reste ou la valeur de l'esclave qui a disparu *quaratione placuit et si aller decesserit, allerum omnimodo præstandum, fortassis vel mortui pretium*.

Comment, en présence de textes qui se contredisent, déterminer la doctrine romaine ?

Dumoulin et Pothier ont soutenu qu'Ulpien donnait la même solution que Papinien, ils se sont appuyés sur le mot *fortassis* qui se trouve dans le texte d'Ulpien ; selon eux, le jurisconsulte donnait ici une simple décision d'espèce, le choix existera dans ce cas, parce qu'il apparaîtra clairement des circonstances, que telle a été la volonté du testateur.

Cette interprétation est inadmissible ; car dans la première partie du texte Ulpien dit formellement, pour les cas où un

esclave dû sous une alternative est pris par l'ennemi, que le débiteur peut se libérer en payant sa valeur : quelle raison y a-t-il de distinguer entre la perte juridique et la perte physique ?

Ces deux textes nous paraissent avoir été mal interprétés.

Un premier point apparaît tout d'abord comme étant unanimement admis par les juriconsultes romains ; c'est qu'un événement fortuit, rendant l'exécution de l'obligation totalement ou partiellement impossible, ne peut jamais être pour le débiteur la cause d'un préjudice provenant de l'aggravation de son obligation. Tant qu'un des objets subsiste, on comprend que le débiteur reste tenu, mais on ne saurait admettre que le débiteur seul supportât un accident dû au hasard, qui ne peut en rien lui être imputé, et subit ainsi une perte considérable ; car il peut se faire que la chose qui a péri vaille bien moins que celle qui reste ; avant le cas fortuit, il pouvait se libérer en donnant cette moindre valeur ; la perte fortuite, indépendante de son fait ne doit pas lui enlever ce droit.

Mais que veut donc dire Papinien ? Nous pensons que bien interprété, son texte ne contredit en rien ces considérations : procédons à son examen : on y lit : « *Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest æque peti poterit* ». En traduisant littéralement, nous arriverons à la proposition suivante : « Si le choix appartient au débiteur, l'un des esclaves mourant, l'autre peut également être demandé », On ne peut traduire : « l'esclave peut seul ». sans donner au mot *æque* un sens qu'il n'a jamais eu. Papinien dit tout simplement que l'esclave qui a survécu est dû comme il l'était auparavant ; il ne nie pas au débiteur le droit de se libérer en payant la valeur de celui qui est mort : Poursuivons : « Si c'est par le fait du débiteur que l'un soit mort, lorsque le choix était au débiteur, quoique pour le moment on ne puisse demander que celui

qui peut être payé et qu'on ne puisse pas offrir l'estimation du défunt, si par hasard il valait beaucoup moins, parce que cela a été établi en faveur du demandeur pour punir le promettant ; cependant si l'autre esclave meurt aussi sans la faute du débiteur, on ne pourra nullement agir en vertu de la stipulation, puisque au moment où il mourait, il n'a point donné ouverture au droit résultant de la stipulation ».

Papinien semble indiquer qu'en faisant périr l'une des deux choses dues sous une alternative, le débiteur qui a le choix a empiré la condition du créancier, puisqu'un seul objet est *in obligatione* et qu'il suffira de sa perte pour empêcher l'action *ex stipulatu*. Ce fait dommageable a motivé une peine contre le débiteur, celle de ne pouvoir offrir l'estimation de la chose dont il a causé la perte. Mais si la chose a péri fortuitement, sans son fait, n'est-ce pas permis de conclure, par un argument *a contrario*, que le débiteur pourra offrir l'estimation de l'objet qui a péri ? Le mérite de l'argument *a contrario* est très relatif en général, mais ici il a une force particulière en ce qu'il amène à une solution conforme aux principes généraux du droit romain.

On a encore invoqué contre cette solution un texte du jurisconsulte Paul, loi 34, § 6, D. XVIII-1.. Mais on ne peut en tirer aucun argument sérieux ; elle vise un cas étranger à la question qui nous occupe. Elle tranche la question de savoir si l'acheteur continue à devoir son prix nonobstant la perte des choses vendues sous une alternative ; l'attention se porte non sur l'obligation du vendeur, mais sur l'obligation de l'acheteur après la perte.

Mais pourrait-on dire, lorsque les parties ont contracté, elles ont eu en vue l'utilité de deux corps certains : n'est-ce pas résérer les intérêts du stipulant, que de permettre au débiteur de payer une somme d'argent au lieu du corps certain qui existe ?

Cette objection n'a pas de valeur ; d'abord à l'époque clas-

sique, toute condamnation aboutit à une condamnation pécuniaire ; et même sous le système extraordinaire, notre solution doit être maintenue, car le point principal, c'est que la situation du débiteur ne doit pas être aggravée, et la solution contraire amènerait ce résultat.

Si dans le cas d'obligation alternative il y a deux choses qui sont dues, dans l'obligation facultative il n'y a qu'une chose obligée ; l'autre est *in facultate solutionis* ; par conséquent, si la chose *in obligatione* est un corps certain et qu'elle soit périée fortuitement, le débiteur est libéré. Loi 1, D. IX-4, L 6 D. XLII-1. Loi 2, Code IV-XLIV, donc, dans cette obligation, c'est le créancier qui supporte les risques. Ainsi lorsque la maison vendue à un prix inférieur à la moitié de la valeur, est détruite, le vendeur lésé ne peut pas réclamer le supplément du prix, parce que ce supplément n'est pas *in obligatione*, mais *in facultate solutionis*.

Telles sont les conséquences générales, auxquelles nous sommes amené par l'application des règles précitées. Il nous reste à montrer l'application plus spéciale qui en a été faite dans quelques contrats.

Appliqué à la *condictio indebiti*, le principe : *casum sentit dominus*, conduirait aux conséquences les plus singulières et tout-à-fait contraires à l'équité, qui est l'âme du quasi-contrat.

En effet, que la chose indûment payée consiste dans une *species* ou une chose fongible, toujours est-il que celui qui la reçoit, en devient propriétaire ; par conséquent dans l'un et l'autre cas, il devrait supporter des risques et périls, si la règle *casum sentit dominus*, était applicable.

Cependant il est incontestable que lorsque la chose payée indûment est une *species* et qu'elle périt fortuitement, celui qui l'a reçue est libéré, puisque son obligation consiste à rendre ce qu'il a reçu dans son espèce, et comme cela lui est de-

venu impossible il est libéré (LL. 26, § 12, 32 et 65, § 5, D. XII-6).

Quand la chose indûment reçue est une chose fongible, il y a des jurisconsultes qui pensent que celui qui a reçu l'*indebitum* doit restituer autant qu'il a reçu, qu'il doit donc supporter les risques et périls (1).

On cite à l'appui de cette opinion des passages où il est dit que celui qui a reçu une chose indûment payée est tenu *quasi ex mutuo* et qu'on peut intenter contre lui la *condictio*. L. 5, § 3. D. XLIV, 7.

A la vérité, il y a ressemblance avec le *mutuum*, et c'est avec raison que la loi 5, § 3, dit que l'*accipiens* est tenu *quasi ex mutuo*, mais le mot *quasi* même indique qu'il y a aussi quelque différence.

En effet, celui qui a reçu un *indebitum* en devient propriétaire comme dans le *mutuum* : la chose donnée ne peut pas être revendiquée : l'*accipiens* n'est tenu qu'en vertu d'une action personnelle *ex condictione* ; c'est en cela que consiste la ressemblance. La loi 5, § 3, le dit en toutes lettres ; *Obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur qua debitores creditoribus*. L'*accipiens* est tenu de la même action, d'une action personnelle, d'une *condictio*, de même que l'emprunteur.

Mais dans le principe fondamental de la *condictio indebiti* et de la *condictio ex mutuo*, il y a une différence énorme. La *condictio indebiti* est fondée sur l'*æquum et bonum* : par conséquent, lorsque l'*indebitum* a été accepté de bonne foi, la restitution est soumise à une double loi :

1° Il est équitable que celui qui a reçu de bonne foi l'*indebitum* n'en souffre aucun préjudice : il rendra donc la chose

1. Donellus : *Comment. Jur. civil.* XIV, C. 8.

qu'il a reçue, mais seulement pour autant qu'il la possède encore : il ne répond pas du hasard ; il ne répond de rien ;

2^o Il est équitable que l'*accipiens* ne se trouve pourtant pas enrichi *cum detrimento alterius*, par le paiement de l'indû. C'est pourquoi il doit restituer la chose s'il la possède ; et quand il a reçu des choses fongibles, et qu'il les a consommées, il doit restituer la somme dont il a été enrichi par la consommation même. Cette somme sera le prix que les choses fongibles ont eu au moment de la consommation. L. 65, D. XII-6. Si la chose a été vendue par l'*accipiens*, il ne sera pas tenu au-delà du prix qu'il a reçu. L. 26, § 12, XII-6.

La règle *res perit domino* viendrait donc renverser toute l'essence de la *condictio indebiti* qui est fondée sur l'équité : le principe : *Impossibilium nulla obligatio* ne la dérange nullement, car il n'est lui-même qu'une loi d'équité.

C'est une conséquence directe du principe de l'imputabilité suivi par le droit romain dans la réparation civile des dommages, que le mandat s'exécute aux risques et périls du mandant, parce que c'est lui qui a voulu cette exécution, et que le mandataire est à l'abri de tous reproches, s'il a mis dans l'exécution du mandat, les soins d'un bon père de famille. (1)

Il en résulte que le mandataire à l'action *mandati contraria* pour récupérer toutes les dépenses qu'il a faites de bonne foi, alors même que le résultat n'a pas répondu à l'attente (L. 4. C. IV-35. L. 39. D. XVII-1).

Mais le mandataire peut-il aussi réclamer de son mandant, la réparation des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de l'exécution du mandat ?

Évidemment si ces pertes peuvent lui être imputées, le mandant ne saurait évidemment en être responsable. L. 61. § 7 D. XLVII-2. Mais si aucune faute n'est imputable au mandataire,

1, L. 1, § 12, D. XVI-3. L. 23, D. L-17.

et qu'à l'occasion du mandat celui-ci ait essuyé une perte, le mandant en sera-t-il tenu ?

Sur cette question, les opinions des commentateurs diffèrent, et les lois du Digeste paraissent présenter des décisions contraires. Procédons à leur examen.

En premier lieu se présente la loi 26, §§ 6 et 7, D. XVII-1.

Cette loi au § 6 nous paraît renfermer les vrais principes sur la matière et les autres lois du Digeste, loin d'y être contraires, ne présentent que l'application de ces principes.

Elle est ainsi conçue : *Non omnia quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit veluti quod spoliatus sit a latronibus, vel languore suo suorumque apprehensus, quædam erogaverit : nam hæc magis casibus, quam mandato imputari oportet.*

Aux paragraphes précédents le jurisconsulte Paul a examiné la question des paiements et déboursés faits par le mandataire : de cette question, il passe au § 6, à celle des pertes fortuites, des pertes non imputables au mandataire, telles que les vols commis sur les grands chemins, les naufrages, les maladies, et se demande si le mandant est obligé de les réparer au mandataire, question qui se trouve résolue par une distinction en ces termes : *Nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet.*

Il faut donc voir si la perte non imputable au mandataire peut être imputée au mandat, et par conséquent au mandant, ou bien si elle est un pur hasard. Au premier cas, le mandant en sera responsable envers le mandataire : au second cas, celui-ci devra la supporter : *casus fortuiti a nemine præstantur.* L. 23, D. L-17.

Mais quand la perte, non imputable au mandataire, peut-elle être imputée au mandant ?

La raison, d'accord avec les lois romaines, répond : Elle peut lui être imputée lorsqu'elle se rattache à un acte ou à une

circonstance nécessaire pour l'exécution du mandat ; car tout ce qui tend à l'exécution du mandat est voulu par le mandant, lui est imputable et peut être pour lui une occasion de perte ; mais tout ce qui est étranger à cette exécution, c'est-à-dire ce qui n'y est pas nécessaire, demeure aussi étranger à la volonté du mandant, et ne pouvant lui être imputé, reste compris dans le domaine du pur hasard que nul n'est tenu de réparer.

Ainsi lorsque le mandataire qui est chargé de faire des achats, est porteur de sommes, uniquement destinées à faire des achats, et qu'il perd ces sommes par un événement qui ne lui est pas imputable, le mandant doit les rembourser : la perte doit être imputée au mandant qui a voulu l'exécution et qui par là en a assumé tout le risque.

Si, au contraire, le mandataire a été porteur d'autres valeurs non nécessaires à l'exécution du mandat, alors, par la raison que nous venons de donner, la perte de ces sommes, qui ne se trouvent avec le mandat dans aucun rapport nécessaire, doit par conséquent être attribuée au hasard.

Supposons que le mandataire ait acheté un esclave en exécution du mandat, et soit ensuite volé par cet esclave. Qui sera responsable de ce vol ?

Dans le paragraphe 7 de la loi précitée, Paul déclare le mandant non responsable, s'il a ignoré que l'esclave fût voleur.

Pourquoi le mandant ne répond-il pas du vol ? Parce que le mandat laissait au mandataire la latitude d'éviter la perte causée par le vol : en effet, le mandataire aurait pu s'informer des vices et qualités de l'esclave, ou prendre du moins des précautions, alors qu'il ne le connaissait pas ; le mandataire aurait pu acheter un autre esclave : le vol dans ce cas, aurait pu être évité par le mandataire, qui doit par conséquent lui être responsable.

Au § 5 de la loi 61 D. XLVII-2, Africain déclare au con-

traire le mandant responsable du vol commis par un esclave déterminé, que le mandataire devait acheter sans distinguer si le mandant avait connu ou ignoré le vice de l'esclave. Pourquoi cette différence ? Parce que dans ce second cas, on ne pouvait pas faire au mandataire un reproche de ne pas avoir pris ses informations : c'était au mandant qui est tenu de toute faute envers le mandataire, c'était à lui de voir si l'esclave désigné dans le mandat, était exempt de ce vice, ou du moins d'en informer le mandataire ; il est donc juste que le mandataire qui, de bonne foi a exécuté le mandat, ne ressente pas la perte du vol, en supposant qu'aucune faute ne lui soit imputable, qu'il n'ait pas placé dans l'esclave quelque folle confiance, comme le dit la loi 61, § 7.

Toutes ces lois s'interprètent sans contrariété aucune d'après le principe posé à la loi 26, à savoir : que le mandant doit réparer la perte qui se trouve dans un rapport nécessaire avec le mandat, parce que le mandat ayant été voulu par lui est exécuté à ses risques et périls, et parce que le mandataire n'est pas tenu de l'impossible ; il est des pertes qu'on ne saurait ni prévoir ni éviter.

Si au contraire, la perte soufferte par le mandataire ne se trouve dans aucun rapport direct, nécessaire avec le mandat ; si elle ne peut être imputée au mandant, le mandataire aura à supporter le cas fortuit.

L'absent et le pupille sont-ils respectivement responsables envers le gérant et le tuteur des pertes que ces derniers ont éprouvées à l'occasion de leur gestion ?

Comme la loi 26 est entièrement conforme à l'équité et au principe de l'imputation, nous n'hésitons pas à en étendre la disposition à la gestion d'affaires et à la tutelle, et nous répondons affirmativement, pourvu et pour autant que ces pertes soient dans un rapport direct avec la gestion.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS SYNALLAGMATIQUES.

La solution de la question des risques présente une importance particulière dans les contrats synallagmatiques : nous nous occuperons des contrats nommés dans une première partie et des contrats innommés dans une deuxième.

PREMIÈRE PARTIE

DES CONTRATS INNOMMÉS

SÉCTION A

DE LA VENTE.

§ 1. — *Vente pure et simple d'une species.*

Le principe de l'imputabilité qui sert de base à toute la théorie de la réparation du dommage, conduit en notre matière à cette conséquence générale, à savoir :

Si je me suis obligé à livrer une chose déterminée pour un certain prix, ou pour une prestation quelconque, et que cette chose périsse fortuitement, je suis libéré, nul n'étant tenu de l'impossible, et le créancier demeure tenu envers moi, car il ne peut invoquer le même motif de libération, d'où il suit que c'est lui qui supporte le risque et péril. En effet, il ne devra pas moins exécuter, l'engagement qu'il a pris de son côté ; et s'il l'a exécuté, il n'aura pas le droit d'y revenir ; si la chose avait été détériorée fortuitement, le débiteur se libérerait en la livrant telle quelle, et le créancier ne devrait pas moins remplir toute sa promesse.

Les textes sur lesquels on peut établir cette solution sont très nombreux ; on en rencontre à toutes les époques du droit.

La règle est indiquée par le jurisconsulte Paul dans les termes les plus formels. Loi 8, Pr. Digeste. XVIII-6.

Au même titre dans la loi 7 Pr. le même auteur cherche à légitimer ce principe en équité et dans la loi 11, Pr. D. XXI-2, il en précise le sens en disant que la perte fortuite de la chose n'affranchit pas l'acheteur de la nécessité de payer le prix. Ulpien dans la loi 13, § 22, D. XIX-1, ajoute même que l'acheteur doit rembourser au vendeur tous les frais que celui-ci a faits jusqu'à la disparition de la chose, ainsi que les frais funéraires de l'esclave vendu et mort fortuitement avant la tradition.

Nous trouvons ce principe consacré encore au Code par les lois 1, 4, 6, IV-48.

Enfin Justinien développe ce système dans ses Institutes et n'est pas moins formel : « *Cum autem emptio et venditio contracta sit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit* ». Inst., § 3. III, 23.

Dès que la vente est parfaite, dès qu'elle existe comme contrat, les risques sont à la charge de l'acheteur, que le prix soit ou non payé, que la tradition soit ou non effectuée.

Malgré ces textes, dont il serait facile de grossir le nombre, on a essayé de soutenir que dans la vente, le cas fortuit arrivé avant la tradition est subi par le vendeur. Cujas au xvi^e siècle, Barbeyrac et Puffendorf un siècle et demi plus tard, ont contesté l'équité de la décision en vertu de laquelle l'acheteur paye le prix, tandis que le vendeur ne peut livrer la *species* dont il était débiteur, cette *species* ayant péri par l'effet du hasard. Il semblait à ces jurisconsultes que notre règle était plus doctrinale que conforme à l'équité, et c'est pourquoi (*æquitalis causa*), ils consacrèrent leurs efforts à lui substituer une règle contraire.

Mais il fallait se débarrasser des textes si précis qui mettent les risques à la charge de l'acheteur ; c'est pour atteindre ce but qu'ils déploient une subtilité fort ingénieuse. Pour eux, ces textes entendent seulement refuser à l'acheteur le droit d'exiger des dommages-intérêts, mais non pas celui de retenir ou de rejeter son prix. Cujas essaie pourtant une réfutation de certains passages. Pour lui, le § 3 des Institutes, si décisif en notre faveur, expose le droit ancien et rigoureux « *Summum jus et rudimenta juris* ». Puis passant à la loi 8, D. XVIII-6 (Paul), il s'y arrête à peine et se borne à déclarer que « *ita accipienda est ea regula, ut pereat res emptori, non pretium, id est si res perierit ante traditionem* ». Quant à la loi 11, D. XXI-2 (Paul), qui prévoit le cas où un fonds a été enlevé *ex præcepto principis*, bien qu'elle suppose que la perte fortuite a eu lieu avant la tradition, il s'en débarrasse en disant que dans l'espèce, la tradition a eu lieu.

Voilà pour les arguments indirects du système que nous exposons en ce moment. Quant aux arguments directs, on les emprunte à des fragments de Paul et d'Africain.

On a d'abord opposé les lois 12, 13 et 14, Dig. XVIII-6, dont il est facile d'avoir raison.

Voici l'espèce prévue par ces lois : des lits ont été vendus, déposés sur la voie publique, l'édile les a brisés. Si le dépôt a été fait après la tradition, la perte incombe à l'acheteur, celui-ci, il est vrai pourra poursuivre l'édile, s'il a outrepassé son droit, ou en tout cas se faire céder les actions que le vendeur a contre lui. Si au contraire le dépôt a eu lieu avant la tradition, les risques sont pour le vendeur.

On en conclut qu'en principe, jusqu'à la tradition, les risques sont à la charge du vendeur. Il suffit pour écarter l'argument, de rétablir les différentes hypothèses qu'ont confondues les rédacteurs du Digeste. Les lois 12 et 14 appartiennent à

Paul, et dans son ouvrage elles formaient un tout : le jurisconsulte se plaçait dans l'hypothèse d'une faute. L'encombrement illégal sur la place publique fait après la tradition, c'est-à-dire par l'acheteur devenu propriétaire, engage sa responsabilité ; mais s'il a été fait avant la tradition, la perte doit être subie par le vendeur, parcequ'il est en faute et que ce n'est que dans les cas fortuits qu'il peut invoquer la règle *res perit emptori*. La loi 13 de Justin, qui vise la même espèce, ce qui sans doute l'a fait intercaler entre les deux fragments de Paul, se place au contraire dans l'hypothèse où le dépôt avait été légalement fait : une action naît alors contre l'édile, action qui appartient, après la tradition, à l'acheteur, avant, au vendeur qui doit la céder à l'acheteur. Ces lois sont donc conformes aux principes que nous avons formulés :

Mais on s'est appuyé surtout sur un passage du jurisconsulte Africain : loi 33, D. XIX-2. Voici le cas prévu par ce texte.

Un fonds est vendu ; avant la tradition et sans qu'il y ait aucune faute du vendeur, il est *publicatus* (confisqué) ; le vendeur doit supporter la perte : poursuivi par l'action *ex empto*, il doit rendre à l'acheteur le prix de la vente ou lui remettre l'obligation de le payer ; mais il ne doit pas de plus amples dommages-intérêts, il n'est pas responsable de l'événement, il n'est pas tenu à garantie.

Ce texte paraît contredire les principes posés sur la matière jusqu'ici ; aussi a-t-elle fait le désespoir des commentateurs, et de nombreuses conciliations ont-elles été proposées.

L'explication qui se présente la première à la pensée, c'est qu'Africain ne voyait pas dans la confiscation un cas fortuit, parce qu'elle émane d'une cause intelligente et libre. La confiscation laisse subsister la chose, et si le vendeur ne répond pas du cas fortuit, ni de la force majeure, il répond pourtant des évictions. Le fisc peut revendiquer le fonds, soit à raison de

quelque délit commis par le vendeur, soit parce que le bien-fonds faisait partie de l'*ager publicus*, et que le vendeur n'en avait que la possession. Or, dans l'un et l'autre cas, la revendication a une cause antérieure à la vente, donc le vendeur en est responsable, et devra restituer le prix, non pas parce qu'il porte le risque, mais *evictionis jure*.

Cette réponse n'est pas admissible ; car Africain dans le même passage assimile la confiscation à un écroulement du sol et partant suppose le vendeur complètement irréprochable, s'il était en faute, d'ailleurs, Africain ne l'affranchirait pas, comme il le fait, de tous dommages-intérêts.

On a encore dit qu'Africain dans ce passage ne ferait que rapporter l'opinion de Julien, qui, dit-on, n'admettait pas que le vendeur pût conserver le prix sans procurer la chose à l'acheteur.

Julien, en effet, autorisait l'acheteur évincé à se faire restituer son prix, nonobstant la clause de non-garantie, loi 11, § 18, D. XIX-1, mais rien ne prouve qu'il professât une opinion analogue pour le cas où la chose vient à périr avant la tradition, et le contraire paraît établi par un texte formel, loi 5, § 2, D. XVIII-5.

On a proposé encore cette distinction : si la chose vendue a péri et ne peut plus être fournie, la perte sera pour l'acheteur ; mais si elle ne peut plus être livrée sans avoir péri, le vendeur ne pourra exiger le prix que s'il a une action à céder à l'acheteur pour recouvrer la chose ou ce qu'elle vaut : tel sera le cas de vol ; mais si on suppose une confiscation, le vendeur n'ayant pas d'action à céder, ne pourra exiger le prix.

Mais nous l'avons vu plus haut, Africain envisage la confiscation comme un cas fortuit, puisqu'il l'assimile à un ébranlement du sol : d'autre part, si la confiscation n'était pas considérée comme ayant fait disparaître la chose due, l'acheteur

pourrait poursuivre contre le vendeur, ou la livraison de cette chose, ou à défaut une condamnation pécuniaire équivalente ; or c'est ce qu'Africain nie formellement dans le texte qui nous occupe.

Ainsi, il paraît bien difficile de donner une explication satisfaisante de ce passage d'Africain, mais plusieurs considérations en infirment considérablement l'autorité.

D'abord il n'est pas placé au siège de la matière, et la doctrine qu'il exprime n'y est émise qu'incidemment à propos du louage.

Puis nous voyons ailleurs Africain mettre sans hésiter les risques à la charge de l'acheteur. L. 39, D. XLVI-3. Dans ce texte, il déclare que si le vendeur et l'acheteur, n'ayant pas une bien grande confiance l'un dans l'autre, ont déposé chez un tiers, l'un la marchandise, l'autre le prix, les risques de l'argent seront pour l'acheteur et aussi les risques de l'objet vendu : la chose n'a pas été livrée, mais la vente est parfaite, cela suffit pour mettre les risques à la charge de l'acheteur. Tout ce qu'on pourrait donc conclure de ce que dit Africain au titre du louage, c'est que, de son temps, la question était controversée ; mais, en présence de tous les textes que nous avons cités, le triomphe de la doctrine qui mettait les risques au compte de l'acheteur, d'un corps certain, avant la tradition, ne peut être considéré comme douteux. Le paragraphe 3 des Institutes a surtout une autorité particulière : aussi Cujas a-t-il essayé de s'en débarrasser par l'explication que nous avons donnée ; mais la vérité ne pouvait pas toujours rester voilée pour ce pénétrant génie, et plus tard, dans ses *recitationes in codicem*, si justement célèbres, il formulait sans hésiter le démenti le moins équivoque contre la doctrine qu'il avait professée : *post perfectam venditionem, rei venditæ periculum emptorem respicit etiam re nundum tradita*, pour ne citer qu'une phrase.

Mais encore aujourd'hui ces décisions sont considérées par plusieurs jurisconsultes, comme contraires à l'équité, et aux principes que le droit romain aurait généralement consacrés dans d'autres contrats.

Nous examinerons donc si les décisions des lois romaines qui dans la vente d'un corps certain, font avant la tradition porter le risque et péril à l'acheteur, sont conformes à l'équité et puis si elles doivent être considérées dans le système du droit romain, comme étant de droit commun ou de droit exceptionnel.

Quant à la première question, si l'on envisage que des jurisconsultes d'une grande distinction sont d'un avis opposé, et que les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel ont émis sur le principe même de la réparation civile des opinions contradictoires, on conservera facilement la sage réserve de Pothier qui après avoir défendu le droit romain contre les objections de Puffendorf et de Barbeyrac ajoute : « Quoique les raisons pour les jurisconsultes romains paraissent devoir l'emporter, néanmoins il faut avouer que la question a ses difficultés, et qu'il semblerait même que les jurisconsultes romains n'auraient pas été unanimes (1) ».

On sera d'autant plus porté à cette réserve que les législateurs modernes ont aussi consacré des systèmes contraires. C'est ainsi que d'après le Code Autrichien, §§ 1048-1071, la vente est résolue par la perte fortuite de la chose avant la tradition d'où il suit que le vendeur porte le risque et péril : Le Code prussien, titre V, § 364, et le Code civil de Berne (art.

1. En cela Pothier va trop loin : il fait allusion à la loi 33, D. XIX-2 et à l'opinion de Cujas, rapportée *supra*.

808) s'ils ne s'accordent pas en tous points, font pourtant également supporter le risque au vendeur (1).

Dans cet état de la question, il serait imprudent de se prononcer exclusivement pour une opinion ou pour l'autre ; car les arguments que l'on a allégués de part et d'autre ne paraissent nullement péremptoires.

Ceux qui reprochent aux décisions du droit romain de s'être écartées de l'équité et des principes généraux disent que l'acheteur ne s'est obligé à payer le prix, que pour autant que le vendeur lui donnerait la chose.

A cela, Pothier (2) répond que cette proposition n'est pas exacte : que l'acheteur s'oblige à payer le prix, non pas à condition que le vendeur lui donne la chose, mais à condition que le vendeur s'oblige de son côté à lui faire avoir la chose.

Il suffit donc, dit Pothier, que le vendeur s'y soit obligé, et n'ait pas manqué à son obligation, pour que l'obligation de l'acheteur ait une cause et subsiste.

1. Quant au Code civil, on pourrait soutenir à la rigueur, qu'aucune disposition formelle n'oblige l'acheteur à payer le prix, lorsque le corps certain a péri fortuitement avant la livraison. Et si l'on n'avait qu'à considérer le texte des articles relatifs à cette question (1138, 1302, 1245, 1583), on pourrait sérieusement douter de l'intention du législateur ; mais quand on envisage que l'article 1583 déclare l'acheteur propriétaire à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, que l'on consulte l'exposé des motifs et que l'on voit avec quelle prédilection on trouve invoquée, même dans les obligations de faire, la règle : *Res perit domino*, on rendra hommage à la doctrine unanime des auteurs et de la jurisprudence qui admettent que le Code a consacré les dispositions du droit romain, et l'ancienne jurisprudence en matière de risques et périls, sauf la dérogation que renferme l'article 1182, en ce qui concerne les détériorations au cas où la vente est conditionnelle.

2. *Traité de la vente* (n° 307).

La réponse donnée par Pothier est renfermée en d'autres termes dans la loi 5, § 2, D. XVIII, 5. De cette loi, il suit évidemment, comme l'a fait observer Pothier, que l'obligation de l'acheteur n'est pas subordonnée à la livraison de la chose, mais à l'obligation du vendeur, et qu'il suffit que cette obligation ait existé, que le contrat ait été parfait, pour que l'acheteur demeure obligé. La loi 5, § 2, qui s'exprime d'une façon plus énergique, dit, en ce sens que la perte fortuite de la chose est équipollente à sa livraison ; que par conséquent, le vendeur est censé avoir accompli son obligation, par cela seul que cet accomplissement lui est devenu impossible.

La loi 5 donne le motif pour lequel l'acheteur ne peut pas opposer au vendeur l'*exceptio non adimpleti contractus* : le vendeur qui a perdu la chose vendue est censé l'avoir livrée.

Au point de vue de l'imputabilité et des principes généraux, il nous paraît donc impossible d'attaquer les décisions du droit romain sur la vente ; et c'est à tort que l'on considérerait les dispositions sur les risques et périls en matière de vente comme exceptionnelles. Parmi ces décisions il n'en est pas une où soit allégué un motif que les jurisconsultes romains aient envisagé comme particulier au contrat de vente. Tant s'en faut : les motifs donnés par les jurisconsultes dérivent comme de leur source première, du principe de l'imputabilité des règles : *Impossibilium nulla est obligatio, et casus fortuiti a nemine præstantur*. C'est ce qui résulte de la loi 5, § 2, D. XVIII, 5, et du § 5, Inst. III, 23, où Justinien après avoir dit que dans le cas de perte fortuite de la chose vendue, l'acheteur doit payer le prix, ajoute pour motif : que la perte est non imputable au vendeur : *Quidquid enim sine culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est*.

D'ailleurs quelle nécessité ou quelle raison y aurait-il eu d'établir en matière de vente des dispositions exceptionnelles ?

Certes parmi toutes les règles du droit civil romain, il n'en est pas qui se soient établies avec plus de spontanéité, et développées plus indépendamment, par le seul progrès des jurisconsultes, que celles qui concernent les contrats *juris gentium*.

Ces règles ne sauraient donc, à aucun égard, être considérées comme exceptionnelles ; elles sont la conséquence de principes généraux et notamment de la règle : *Impossibilium nulla obligatio*, qui, prenant pour limite négative des engagements, l'impossible, contient par cela même la sanction des engagements la plus rigoureuse, à savoir : qu'on est toujours tenu des engagements dans la limite du possible d'où la conséquence, que l'acheteur doit payer le prix, bien qu'il ne puisse obtenir la chose. Cependant, si ce point peut être considéré comme établi, si les dispositions du droit romain sur les risques et périls en matière de vente se sont incontestablement formées sous l'autorité des principes généraux du droit, peuvent-elles, à pareil titre, revendiquer le patronage de l'équité ?

On invoque souvent le principe : *Ubi commodum ibi incommodum*, l'acheteur, dit-on, profite des accessoires des fruits ; le vendeur doit lui céder les actions du vol et *ex lege Aquilia* ; ce sont, dit-on, autant d'avantages qui par la vente, sont acquis à l'acheteur, donc il est juste qu'il supporte les désavantages. De plus, si la chose augmente de valeur, c'est lui qui y gagne.

On peut répondre que ce sont là des conséquences rigoureuses du contrat ; que si la chose diminue de valeur c'est l'acheteur qui y perd, que si le vendeur doit lui céder les actions du vol, et de la loi Aquilie, c'est parce qu'il n'est pas tenu du vol ni du *damnum injuria datum*.

Où sont donc les avantages qui pourraient contre-balancer la perte de toute la chose ; l'obligation de payer le prix sans recevoir la chose ?

On a essayé de montrer l'équité de ces dispositions en se

fondant sur ce que le vendeur, si la vente ne l'avait pas obligé à garder la chose à la disposition de l'acheteur, eût pu avant la perte, la convertir à quelque usage utile et en disposer autrement ; que partout s'il y avait iniquité à faire supporter la perte à l'une des parties plutôt qu'à l'autre, l'iniquité serait certainement plus grande en la faisant supporter au vendeur.

D'autres protestent contre cette équité (1), ils insistent sur ce qu'il est essentiel à la vente que les parties y cherchent leur avantage réciproque, et ils trouvent étrange que dans le cas fortuit, qui frappe la chose, tandis qu'elle est sous la garde du vendeur, dans le propre intérêt de celui-ci, soit toujours et tout entier supporté par l'acheteur.

Si la chose était périe avant la conclusion du contrat de vente, il n'y aurait pas eu de contrat, car pas de contrat, sans chose qui en soit l'objet (2), par conséquent l'acheteur ne pourrait être forcé à payer le prix, et s'il l'avait payé d'avance, il pourrait le répéter par la *condictio sine causa* : il pourrait de plus réclamer des dommages-intérêts, si le vendeur avait su que la chose n'existait plus, au moment du contrat.

§ 2. — *De la vente conditionnelle.*

La condition, telle que la comprennent les Romains, est un événement auquel, par un effet de leur volonté, les parties ont subordonné l'efficacité d'un acte juridique. A Rome, la condition était toujours suspensive : il n'y avait pas comme dans notre droit, de condition résolutoire. Si la résolution d'un contrat était subordonnée à une condition, les jurisconsultes y voyaient un contrat avec une résolution conditionnelle. La

1. Hepp. *opus citatum*, p. 43.

2. Inst. l. III, tit. XIX, § 1.

condition suspend le droit : le contrat était regardé comme non avenu lorsque la chose qui en faisait l'objet venait, *pendente conditione*, à périr par cas fortuit. On considérait que, faute d'un objet existant, à l'époque à laquelle on remettait la perfection du contrat, il ne pouvait se former, *quia non subest res eo tempore quo conditio impletur* (loi 14, D. XLVI-2). La condition une fois arrivée, le dernier élément constitutif du contrat se trouve réalisé, et alors il fait reculer les effets produits par l'accomplissement de la condition jusqu'à la date où a été passé l'acte juridique (1). Les Romains, en admettant cette rétroactivité voulaient enlever au vendeur, resté propriétaire sous résolution conditionnelle, le droit de disposer *pendente conditione* d'une chose qui doit passer dans le patrimoine de l'acheteur, au cas où la condition ne défaillira pas.

Ainsi la vente ne se forme que lors de l'accomplissement de la condition : c'est pour cela que le mot condition (*id quod condit*) a été choisi.

Ces principes étudiés, examinons les dispositions de la loi concernant les risques dans la vente conditionnelle.

La chose, objet de la vente, a pu périr ou subir une simple détérioration. En cas de perte totale, les éléments nécessaires à l'existence de la vente, n'existent plus, il manque *et res et pretium*, par conséquent nous nous trouvons en dehors de tout contrat, et nous savons que dans cette hypothèse le propriétaire de la chose, dans notre espèce, le vendeur, supportera les risques et périls. Loi 8, D. XLVI-6. Le jurisconsulte Paul établit dans ce texte la règle de la façon la plus formelle.

Comme l'a très bien dit M. Bufnoir : « si on n'a pas admis l'effet rétroactif de la condition, à propos des risques,

1. L. 11, § 1, D. XX-4.

c'est que, ce raisonnement eût été une pétition, de principe : la rétroactivité suppose que la condition s'est accomplie en temps utile, et justement dans l'idée romaine, elle ne pouvait plus s'accomplir utilement quand la chose vendue avait péri par cas fortuit ». *Théorie de la condition*, p. 247.

Arrivons au cas où il se produit une simple détérioration : quand la condition s'accomplit après que la chose a subi une détérioration, les jurisconsultes romains appliquent dans toute sa rigueur le principe de la rétroactivité. Paul à la fin du texte que nous venons de citer l'atteste. La raison de cette décision est qu'au moment de l'arrivée de la condition, tous les éléments nécessaires à la formation de la vente existent, la chose subsiste et nous nous retrouvons dans une situation analogue à celle d'une vente pure et simple : aussi les effets se produisent-ils, et la perte vient-elle frapper l'acheteur.

Cette décision a été fort critiquée : toutefois il me semble qu'on peut invoquer en sa faveur un argument d'une grande force : comment aurait-on été obligé de s'y prendre, dans la pratique, si l'on n'avait pas adopté cette solution ? On aurait été forcé de remettre la décision sur l'existence du contrat à l'arbitraire du juge ; ce qui est toujours fâcheux : ou ce qui est encore pis, de laisser le vendeur à la discrétion de l'acheteur qui, pour une dégradation insignifiante, pourra briser un contrat dont il se repent.

Il peut se présenter encore des ventes de plusieurs espèces.

Pour la vente en bloc d'abord, Modestin nous dit dans la loi 62, § 2, D. XVIII-1, que la chose achetée en bloc, sauf le cas où il y aurait dol de la part du vendeur, est aux risques et périls de l'acheteur, encore qu'il ne l'ait pas marquée ; nous voyons par là qu'on suit, pour les ventes de ce genre, les mêmes règles que pour les ventes ordinaires.

Pour les choses vendues, au contraire, *ad pondus et men-*

suram, elles sont soumises aux règles des choses vendues sous une condition suspensive. Avant la pesée, le mesurage la vente est imparfaite, parce que la chose ou le prix demeure indéterminé.

En effet, si je vends au prix de 1000 fr. une quantité X à prendre après pesée ou mesurage parmi une plus grande quantité Y, la chose vendue demeure indéterminée, à plus forte raison demeure-t-elle indéterminée, lorsque je vends purement et simplement une quantité, par exemple 20 sacs de froment à 20 francs le sac ; et si je vends toute une quantité Y à tant la mesure ou la livre, le prix demeure indéterminé : dans l'un et dans l'autre cas, la chose aura péri avant que la vente ait été parfaite, avant que l'acheteur ait été obligé à autre chose qu'à accepter la pesée, le mesurage, obligation dont l'accomplissement est devenu impossible par la perte de la chose ; donc l'acheteur est libéré, complètement libéré, et par conséquent la perte sera supportée par le vendeur comme dans la vente conditionnelle. C'est en ce sens que la loi 35, § 5, D. XVIII-1 dit : *quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri*.

Quant à la vente *ad gustum*, si la chose vendue est un corps certain, par exemple, du vin *ex aversione*, tout le vin contenu dans une pièce, le risque et péril de la chose même passe à l'acheteur ; mais le risque de l'acidité ou de la corruption demeure à la charge du vendeur jusqu'au jour de la dégustation. C'est pourquoi la loi 4, § 1, D. XVIII-6 dit qu'en pareil cas le vendeur n'est tenu que de la *custodia*, et la loi 1 Pr. D. XVIII-6 ne soumet le vendeur au risque et péril que s'il s'en est chargé. Mais lorsqu'il s'en est chargé expressément, il n'y est soumis que jusqu'au jour de la dégustation.

Il nous reste à traiter de quelques pactes fréquents dans la pratique, et qui font chacun l'objet d'un titre spécial au

Digeste. Je veux parler de l'*in diem addictio* et de la *lex commissoria* :

L'*in diem addictio* était le pacte par lequel un vendeur se réservait un certain délai pour reprendre sa chose, au cas où une offre plus avantageuse lui serait faite (1). En l'absence de toute clause spéciale, nous disent les lois 4, § 4 et 2, § 1, D. XVIII-2, la vente est pure et simple ; sa résolution seule est conditionnelle ; les risques sont à la charge de l'acheteur. Si, au contraire, les parties avaient décidé, par une disposition spéciale, que l'*in diem addictio* rendrait la vente conditionnelle, alors conformément aux principes jusqu'à la réalisation de la condition, la perte totale devrait être pour le vendeur ; la perte partielle pour l'acheteur.

La *lex commissoria* était un pacte par lequel le vendeur se réservait le droit de reprendre la chose s'il n'était pas payé. Dans notre droit, le vendeur n'a pas besoin de se réserver spécialement ce droit, puisque en cas de non paiement, il peut faire anéantir la vente ; mais à Rome le droit de résolution n'existait pas ; le pacte commissoire y suppléait. Quant aux risques, ils étaient réglés comme dans l'*in diem addictio*, car de même que ce pacte, la *lex commissoria* était, sauf convention contraire, regardée comme pure et simple, avec résolution conditionnelle. Loi 1, D. XVIII-3.

Aucune difficulté ne surgira dans ces deux pactes, si la condition ne se réalise pas ; on applique alors les règles de la vente pure et simple. Si on suppose, au contraire, que la condition se réalise plus tard, et que la chose ait péri, *pendente conditione*, une grande controverse s'est élevée sur le point de savoir à qui incombent les risques.

Mettons à part le cas où la résolution conditionnelle est à

1. L. 1, D. XVIII-2.

la fois casuelle et potestative de la part du vendeur. On s'entend sur ce point pour décider que les risques sont pour l'acheteur, puisqu'il dépend du vendeur de ne pas faire arriver la condition. Tel sera, par exemple, le cas du pacte, de réméré *pactum de retro vendendo*. Prenons une hypothèse d'une condition résolutoire purement casuelle. Primus vend sa maison à Secundus ; mais les deux parties conviennent que la vente sera résolue, *si navis ex Asia venerit*. *Pendente conditione* la maison est incendiée, et le vaisseau vient d'Asie. Le risque sera-t-il supporté par Primus, le vendeur, ou sera-t-il à la charge de Secundus, l'acheteur ?

Plusieurs pensent qu'il faut distinguer entre le *periculum interitus* qui frapperait l'acheteur, et le *periculum deteriorationis*, qui frapperait le vendeur. On décompose le contrat en une vente faite sous une condition résolutoire, et une revente sous condition suspensive : l'acheteur sous condition résolutoire est transformé en un débiteur sous condition suspensive, et le vendeur devient créancier sous la même condition. Or dans les ventes conditionnelles, le *periculum deteriorationis* est supporté par le créancier éventuel qui est ici le vendeur, et le *periculum interitus* est à la charge du débiteur éventuel qui est ici l'acheteur.

Vernet, dans ses textes choisis sur la théorie des obligations en Droit Romain, a adopté cette théorie : La raison décisive est pour lui que dans le cas de perte totale arrivée, *pendente conditione*, la résolution ne peut pas plus prendre naissance que la vente elle-même dans le cas où la perte de la chose vendue sous condition suspensive, s'est également produite *pendente conditione*.

Cet argument ne me paraît pas irréfutable : d'abord il n'y a qu'un seul et même contrat qu'anéantit la condition résolu-

toire : aucun principe de droit, aucun texte ne peut justifier cette idée d'une revente prenant naissance faute d'objet, lors de l'arrivée de la condition. Une fois que le contrat a reçu toute sa perfection, la résolution peut se produire malgré la perte survenue *pendente conditione*. Pour nous, la réalisation de la condition résolutoire remet les parties dans la même situation que celles où elles se trouveraient s'il n'y avait pas eu la vente : le vendeur est censé être toujours resté propriétaire, et comme tel, devra supporter les pertes totales ou partielles, qui, la condition étant encore en suspens, auront frappé sa chose, et l'acheteur qui est censé n'avoir jamais été ni propriétaire, ni créancier, sera déchargé de tout *periculum*.

Cette solution trouve sa justification dans un certain nombre de textes. Ulpien dit dans la loi 2, § 1, D. XVIII-2 : « *Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est Julianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit* ». Paul, dans la loi 3, nous donne la raison de cet effet de l'*in diem addictio* : « *Quoniam post interitum rei, jam nec afferri possit melior conditio* ». Ajoutons la loi 2, D. XVIII-3, de Pomponius ; dans ce texte, le jurisconsulte déroge à la règle ordinaire puisqu'il prend tant de soin pour expliquer sa décision. Elle n'est d'ailleurs fondée que sur l'équité : Pomponius ne veut pas que l'acheteur soit le maître suivant que son intérêt le pousserait vers l'un des deux buts de faire arriver ou d'empêcher la réalisation de la condition résolutoire. Et c'est ce qu'il ne manquerait pas de faire, s'il ne devait pas supporter la perte au cas où la résolution arriverait. Il n'aurait pour cela qu'à garder son prix par devers lui, le vendeur se trouverait dès lors forcé d'invoquer la *lex commissoria* et par là, lui, acheteur, ne serait plus intéressé à la perte ni à la détérioration. Encore une fois le motif de la solution de

Pomponius tient à la nature de la convention et ce n'est nullement une règle générale.

Disons un mot de la vente *ad probationem*.

J'ai acheté Stichus avec la convention que « *si intradiem certum mihi displicuisset is redderetur* », ou *inemptus foret*. Il paraît que cette modalité était très répandue à Rome à cause de l'avantage qu'elle donnait à l'acheteur d'être dispensé d'une preuve difficile, par rapport à l'existence des vices rédhibitoires.

Stichus meurt avant le *certum diem*, comment sera réglée la question des risques ?

D'après Ulpien, qui rapporte l'opinion de Mela, loi 20, § 1, D. XIX-5, les risques seront supportés par l'acheteur.

Rien de plus exact que cette décision qui statue dans un cas particulier et à raison de ce, ne doit pas être généralisée : en voici la raison. L'acheteur ne peut invoquer ni l'action rédhibitoire, ni l'action résolutoire ordinaire, il ne pouvait pas invoquer la première, parce qu'il ne se plaignait d'aucun vice existant *a die traditionis* ; pas plus la seconde, puisque l'objet du contrat, ayant péri, il n'avait aucun intérêt à alléguer qu'il n'était pas propre à remplir son but.

La faculté de se dédire doit être inspirée par l'appréciation de la chose vendue. Or, cette appréciation est impossible, *post interitum rei*.

Deux observations (1) achèveront de préciser sur ces points la doctrine Romaine.

1° Dans tous les cas où les risques d'après les textes sont supportés par l'acheteur, il est loisible aux parties de les rejeter sur le vendeur par une convention formelle, l. 35, § 4. D. XVIII-1.

1. Accarias. *Précis de droit romain*, 3^e édition, n° 612, *in fine*.

2° Si le vendeur ne doit pas souffrir des cas fortuits, il serait injuste qu'il en profitât ; aussi n'est-il libéré de ses obligations que dans la mesure pour laquelle l'exécution en est devenue impossible. Donc était-il propriétaire de la chose vendue ? Il devra céder les actions qui lui compètent à l'occasion du cas fortuit, par exemple si la chose a été endommagée ou détruite par un tiers, l'action *legis Aquiliæ*, si elle a été volée la *rei vindictio*, la *condictio furtiva*, et l'action *furti*. Inst. liv. III, t. XXIII, § 3, *in fine* ; n'était-il pas propriétaire ? Il est tenu *ex empto*, car s'il n'avait pas commis la faute de vendre la chose d'autrui, il serait en mesure de faire la cession des actions qui sanctionnent le droit de propriété. L. 35, § 4, D. XVIII-1.

SECTION B

DU LOUAGE

§ 1. — Du louage de choses.

Dans le contrat de louage de choses, lorsque la chose périt fortuitement, le locataire n'est pas obligé de la restituer, car il est *debitor d'une species* : il ne doit pas non plus d'indemnité au bailleur : *casus a nemine præstantur*, § 5, Inst. III-24.

Par le même motif, le bailleur de son côté ne doit rien au locataire pour les meubles que celui-ci pourrait avoir introduits dans la chose louée, ni pour les dépenses qu'il pourrait avoir faites en vue de l'exploitation. Loi 9, § 1, D. XIX-2, Loi 12, Code IV-65.

Mais lorsque la chose louée est périée, le bailleur a-t-il encore le droit de percevoir le loyer, au moins pendant le temps

que devait durer le bail, de même que dans la vente, le vendeur peut réclamer le prix, après la perte de la chose ?

Ici les principes appliqués en matière de vente paraissent recevoir un démenti ; car les lois romaines décident que, par la perte de la chose louée, le bail est dissous ; que le locataire, dès le moment de cette perte, ne doit rien au bailleur ; et s'il a payé par avance, qu'il peut répéter tout ce qui n'était pas échu au moment de la perte.

C'est pour cela qu'on a cité entre autres les dispositions concernant le louage pour faire considérer les décisions sur la vente comme exceptionnelles.

Cependant on s'est laissé séduire par une fausse analogie. On n'a pas vu qu'il y avait dans la nature de ces deux contrats une très grande différence qui repousse l'application uniforme des mêmes principes, et parce qu'on n'a pas tenu un assez grand compte de cette différence, on en a conclu que les principes étaient opposés.

Quelques considérations sur la nature et l'objet du contrat de louage feront justice de cette erreur.

L'objet du louage n'est pas de faire avoir au locataire une chose déterminée comme dans la vente ; le locataire n'acquiert pas même la possession de la chose ; l'objet du contrat n'est pas non plus de lui faire obtenir un droit d'usage ou de jouissance : une semblable concession serait une constitution du droit d'usage ou d'usufruit ; or, le locataire n'acquiert ni un droit réel ni un droit de possession sur la chose qui lui est donnée en location. Son droit consiste dans une obligation contractée par le bailleur, que les jurisconsultes romains ont formulée en ces termes : *Præstare uti frui licere*. Loi 9, D. XIX-2. Or, cette obligation est continue : c'est pourquoi le bailleur est responsable des vices qui atteignent la chose après le contrat, et qui en empêchent l'usage, comme de ceux

qui ont existé au moment du contrat. Loi 25, § 2, D. XIX-2. Cette obligation s'accomplit et se renouvelle à chaque instant, et le loyer qui en est le prix n'est dû qu'à mesure qu'il s'accomplit, il n'est donc dû qu'après que le preneur a pu jouir, de même que le prix d'une chose future n'est dû que lorsque cette chose a existé. Lois 19, § 6, 33 et 34, D. XIX-2.

Ces considérations sur la nature du contrat de louage, si différente de celle du contrat de vente, servent de fondement à toutes les décisions sur les risques et périls, et expliquent aussi pourquoi le fermier en cas de sinistre, a droit à une réduction de fermage.

D'abord, lorsque le bailleur ne peut prêter l'usage à cause d'un événement qui ne lui est pas imputable, le contrat est résilié, et il ne doit pas d'indemnité au preneur : car *impossibilium nulla est obligatio*. Le preneur, de son côté ne lui doit pas de loyer ; car le loyer est le prix de l'usage, le prix d'une chose future ; il est donc réellement dû sous la condition que l'usage aura lieu ; comme dans la vente d'une chose future, le prix n'est dû qu'à la condition que la chose aura existé. Il suit de là, que si le bail a commencé, le loyer sera dû jusqu'au moment où le preneur aura pu jouir et non au-delà ; ce qui aurait été payé au-delà, par ferme d'avance, pourrait être répété.

C'est par le même motif que le fermier a droit à une réduction du fermage, lorsque par un événement majeur, et en dehors des prévisions des parties, les terres affermées ne lui ont pas procuré la jouissance à laquelle on devait s'attendre (Lois 15, § 2, et 40, 41, D. XIX-2), pourvu que le dommage ait été considérable (loi 25, § 6. D. eod. tit.), et qu'il ait atteint les fruits avant qu'ils fussent perçus ; car une fois perçus l'obligation du bailleur est accomplie, la chose a pleinement existé (Loi 78, D. VI-1. Loi 13 D. VII-4).

Cette réduction de fermage sous les conditions voulues par les lois précitées n'est pas une concession due à l'équité : elle dérive directement de la nature du contrat, de cette considération que le louage n'est réellement que la vente de l'usage ou des fruits d'une chose sans aucune concession du droit réel sur la chose même. De là aussi l'analogie des deux contrats, surtout quant au *aupretium* et à la *merces*.

Les principes sur les risques et périls sont donc les mêmes dans la vente comme dans le louage des choses ; ils s'appliquent au louage comme à la vente d'une chose future.

§ 2. — *De la locatio operarum.*

La *locatio operarum* en ce qui concerne les risques et périls est régie par les mêmes principes que la *locatio rerum*.

Celui qui met ses services à prix ne promet qu'une chose bien future : lors donc qu'il ne peut prêter ses services sans qu'il y ait eu de sa faute, le contrat manque d'objet et se résout. Ainsi lorsque l'artisan, l'ouvrier par un événement fortuit, est mis dans l'impossibilité d'exécuter son travail, il est certain que de ce chef il ne devra aucune indemnité mais, comme d'un autre côté la chose future qui devait être l'objet du contrat ne s'est pas réalisée, il n'aura pas non plus le droit de demander le prix, et devra le restituer s'il l'a déjà reçu, comme dans la *locatio rerum*, loi 15, § 6, D. XIX-2.

Si les travaux avaient été exécutés en partie, avant que l'événement qui les a rendus impossibles fût survenu, le prix serait dû à raison des travaux exécutés, mais non à raison de ceux qui auraient dû l'être encore, loi 9, § 1. D. XIX-2.

Si à cause d'un événement qui aurait eu lieu dans la personne du maître, les travaux n'avaient pu s'exécuter, sans doute l'ar-

tisan serait libéré ; mais le maître des travaux le serait-il aussi ? Les lois décident que non, et toutefois les travaux qui comme chose future, sont la condition du paiement du salaire, ne sont pas prestés.

A cela il faut répondre que, lorsqu'une condition est empêchée par celui que son accomplissement doit obliger, cette condition est censée accomplie, loi 24. D. XXXV-1. En conséquence les lois 19, § 9, et 38. D. XIX-2, déclarent le maître, *conductor operarum*, obligé toutes les fois que l'ouvrier n'est pas personnellement empêché d'exécuter les travaux (*cum per se non stetit*). Cependant les lois ajoutent ce tempérament, que l'ouvrier devra souffrir qu'on déduise de son salaire ce qu'il a pu gagner ailleurs.

Le motif de cette décision s'explique encore par la considération que la *locatio operarum* suppose un ouvrage indéterminé, une pure prestation de service que le maître n'est jamais dans l'impossibilité de recevoir, comme s'il s'agissait d'une œuvre déterminée. Or, lorsqu'une œuvre quelconque déterminée est donnée à faire, il y a *conductio operis*, peu importe que le prix soit convenu pour le tout, par journées ou par toises. L. L. 11, 36, 30, § 3, D. XIX-2).

§ 3. — De la *conductio operis*.

La loi 5, § 1, D. XL-16, définit ainsi la *conductio operis* : *opere locato, conducto his verbis Labeo significari ait, id opus quod Græci ἀποτελεσμα vocant, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum*.

La *conductio operis* suppose donc une œuvre à exécuter sur un corps déterminé, ou une œuvre déterminée.

Dans la *conductio operis*, on considère plutôt l'œuvre ; dans

la *locatio operarum*, on considère plutôt les services qui sont indéterminés et impersonnels ; c'est pourquoi, à moins que le contraire ne résulte de la convention le *conductor operis* n'est pas obligé d'exécuter l'œuvre en personne. L. 48, D. XIX-2, L. 38, § 21, D. XLV-1, L. 30, D. XLVI-3, c'est pourquoi aussi la *conductio operis* ne se résout pas lorsque l'entrepreneur est personnellement empêché d'exécuter l'œuvre.

Mais comme la *conductio operis* suppose nécessairement que l'œuvre s'exécute sur la propriété ou sur la matière première qui a été fournie par celui qui l'a commandée, il s'ensuit que l'exécution peut devenir impossible par un événement qui frappe ce dernier, tandis que dans la *locatio operarum*, c'est tout le contraire.

Si l'entrepreneur d'une œuvre fournissait la matière première, ou si je convenais avec quelqu'un qu'il me construirait une maison sans que je fusse propriétaire du sol, il n'y aurait plus *conductio operis*, il y aurait vente d'une chose future et par conséquent, dans ce cas l'artisan porterait tout le risque et péril de l'œuvre : il ne pourrait recevoir le prix que lorsque l'œuvre aurait été accomplie, et offerte à celui qui l'a commandée.

Il y a *conductio operis* alors même que l'entrepreneur avec lequel j'ai fait marché, fournit les matériaux de construction, pourvu qu'il construise sur mon sol. Loi 22. D. XIX-2.

Voici les principes qui régissent les risques et périls en cette matière.

Dans la *conductio operis*, l'œuvre ne s'exécute pas aux risques de l'entrepreneur, mais au risque du propriétaire : la loi § 9 décide que si des constructions ont été renversées pendant qu'on y travaillait, par l'effet d'un tremblement de terre, le maître supportera la perte ; d'où la conséquence qu'il devra

payer à l'entrepreneur le prix convenu en proportion de l'exécution que l'œuvre avait reçue ; car dans tout contrat de louage, le prix est dû à mesure que l'ouvrage, les travaux ou l'œuvre ont été prestés, mais l'entrepreneur est tenu de toute faute ; en cas de perte, il ne peut exciper contre le maître que de l'approbation donnée à l'œuvre ou du mesurage, s'il s'agit d'ouvrages faits à la toise, ou de la demeure dans laquelle il a constitué le maître à l'effet d'examiner l'œuvre ou de procéder au mesurage : enfin, il peut encore exciper du cas fortuit. L. 36. D. XIX-2.

Il est évident que la preuve de tous ces faits lui incombe si l'œuvre vient à périr ; car l'obligation d'apporter tous les soins à l'œuvre est implicitement renfermée dans son engagement, et il n'y a que l'approbation du maître ou les actes équivalents, il n'y a que le hasard qui puisse le libérer. C'est dans ce sens que la loi 36. D. XIX-2 dit : *Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculo est*, non pas pour signifier que l'entrepreneur porte le péril du cas fortuit, car cette loi ajoute immédiatement : *Si tamen vi majore opus prius interciderit quam adprobetur, locatoris periculo est*, mais pour signifier que l'entrepreneur est tenu de toute faute, le *periculum* qu'il porte n'est que le *periculum culpæ*. Le mot *periculum* en effet, se rapporte tantôt à la responsabilité de la faute ou de la *custodia*. L. 19, D. V-3. L. 14, § 1. D. XVIII-6. L. 14, § 3. et loi 16, D. XLVII-2, tantôt à la responsabilité du cas fortuit et de la force majeure.

En cas de ruine des constructions, la question est donc de savoir si les constructions ont été faites, si elles étaient telles que le maître eût dû les approuver, en un mot, s'il y avait faute ou non. C'est ce que la loi 37 dit en ces termes : *si priusquam locatori opus probaretur, vi, aliqua consumptum est*,

detrimentum ad locatorem illa pertinet, si tale opus fuit ut probari deberet.

Enfin la loi 62 décide aussi que l'entrepreneur n'est responsable que du vice de l'œuvre, et non du cas fortuit ni de l'événement majeur, ni des vices du sol.

Tout cela est conforme au principe de l'imputabilité. Le *conductor* doit exécuter l'œuvre avec les soins d'un homme diligent : le reste ne le touche pas, le *locator* a commandé l'œuvre, il doit connaître les vices du terrain s'il en existe : il ne peut imputer à l'entrepreneur un événement qu'il eût dû subir s'il avait fait les constructions lui-même. La loi 36 dit *in fine* : *non enim præstari amplius locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*

Enfin le *conductor* n'est pas même tenu de la bonté de l'œuvre considérée dans son ensemble, si le maître lui-même a fait l'architecte, et en a dirigé les travaux : la loi 51, D. XIX-2, est formelle en ce sens.

En résumé donc, l'œuvre s'exécute aux risques et périls du *locator* : mais le *conductor* est tenu de la faute qui s'étend jusqu'au cas fortuit ; en cas d'événement il doit prouver le cas fortuit, si le maître n'avait déjà approuvé l'œuvre ou n'avait été en demeure de l'approuver. C'est pourquoi la loi 36 dit que jusqu'à l'approbation ou la demeure du *locator*, le *conductor* porte le *periculum (culpæ)*, tandis qu'un peu plus loin la même loi laisse au *locator* le péril du cas fortuit, si le *conductor* le prouve, ou s'il prouve que l'œuvre étant bonne, était de nature à être approuvée, comme le dit la loi 37.

L'examen analytique des lois, auquel nous venons de nous livrer, montre que toute les décisions des textes sont conformes au principe de l'imputabilité.

Toutes ces décisions sont vivement controversées, et il est certes permis de les discuter au point de vue de l'équité ;

mais il nous paraît bien difficile de ne pas les admettre en présence des textes si nombreux qui les consacrent. Une décision contraire semble résulter de la loi 15, § 6, D. XIX-2. Mais il est évident qu'il s'y agit d'un cas tout à fait particulier. Dans l'espèce, le voiturier avait reçu d'avance à titre de prêt, *pro mutuo*, une somme d'argent qu'il avait, la faculté de rembourser en effectuant certain transport. Le transport était donc non pas *in obligatione*, mais *in facultate solutionis*. D'ailleurs, la perte du navire ne constitue pas, en thèse générale, une impossibilité absolue d'exécuter le transport convenu.

SECTION C

DU BAIL EMPHYTHÉOTIQUE

Dans le bail emphytéotique, lorsque la chose périt fortuitement, le *dominus* et le colon sont libérés l'un envers l'autre le contrat est dissous ; il s'en suit que le fermier emphytéote ne paiera plus la redevance.

Mais si le fermier emphytéote, par suite d'événements majeurs et imprévus, fait des pertes très considérables dans les récoltes, ou que la chose soit détériorée, il n'a droit de ce chef à aucune remise, il doit supporter ce risque.

D'où proviennent cette similitude et cette différence du bail emphytéotique avec le bail ordinaire pour la question des risques et périls ?

Elle provient uniquement de ce que le bail emphytéotique est un contrat *sui generis*, un contrat qui, malgré ce qu'il a de semblable avec le louage, a pourtant ses caractères propres et ses effets particuliers qui ont été définis par l'empereur Zénon. L. 1, C. IV-66, pour mettre fin aux contestations qu'on avait

soulevées au sujet de ce contrat, les uns ayant voulu lui appliquer les règles du louage, les autres celles de la vente.

La redevance est censée payée, en reconnaissance de la propriété. De là, en effet, une double conséquence.

a. Si la propriété n'existe plus, le paiement n'a plus de cause.

b. Tant que la propriété existe en substance, le paiement est dû, les pertes éprouvées fortuitement dans les fruits, les détériorations de la chose qui n'en altèrent pas la substance même, ne donnent lieu à aucune remise de la redevance, parce qu'il n'est payé ni à raison de l'usage, ni à raison des fruits, mais en reconnaissance de la propriété.

SECTION D

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

La question des risques et périls dans le contrat de société se résoudra généralement d'après les principes applicables en matière de vente, toutes les fois que c'est la propriété même qui doit être mise en commun. Ainsi lorsque l'associé doit porter en commun une somme d'argent, la somme périt à ses risques et périls avant l'apport, car il est débiteur d'un genre. Par conséquent, pour qu'il soit associé, il ne doit pas moins fournir la somme, sans que son co-associé soit tenu de prendre part à cette perte : *Nihil eo nomine consequeris*, dit la loi 58, § 1. D. XVII-2.

Lorsque l'associé doit apporter une *species*, et qu'elle périt fortuitement avant l'apport, il ne doit pas réparer cette perte à la société, car elle ne peut lui être imputée ; et il conservera néanmoins, l'*actio pro socio*, pour demander que ses co-associés fassent leur apport. Il conserve donc ses droits ; le con-

trat ayant eu pour objet des choses présentes, a été parfait à l'instant même, l'associé étant mis dans l'impossibilité de livrer la *species* dont il avait promis l'apport, est censé l'avoir livrée, et ses co-associés demeurent obligés envers lui.

Tel est le cas de la loi 58, Pr. *in fine*, D. XVIII-2. Quatre chevaux ont été mis en commun, pour que les associés eussent ensemble une *quadriga* « *Cæterum si id actum dicatur ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubii adhuc socii sumus* ».

D'après la même loi, il en serait autrement si la chose qui est périe devait être mise en commun pour l'usage ou pour une fin déterminée; si par exemple, il avait été convenu que mon cheval serait réuni aux trois chevaux que vous avez, pour qu'ils fussent plus avantageusement vendus, à condition que je reçusse le quart du prix. Dans ce cas, si mon cheval périt, je serai bien libéré, mais mon associé le sera aussi envers moi; il ne sera pas obligé de vendre ses trois chevaux et de partager le prix, car le but de la société n'était pas d'établir une co-propriété par *indivis* sur les différents chevaux; le but de la société était de vendre un attelage de quatre chevaux, une *quadriga*, et par la perte de l'un des chevaux, cela est devenu impossible, même loi 58, Pr. D. XVII-2.

Il nous reste à examiner ici la question que nous avons examinée plus haut à propos du mandat, à savoir : si l'associé qui en gérant une affaire de la société éprouve une perte fortuite, a un recours contre ses co-associés pour qu'ils prennent part à cette perte.

Pour ce qui concerne la question en soi, la loi 52, § 4, D. XVII-2 est trop précise : on décide généralement que l'associé peut se faire indemniser.

Toutefois les jurisconsultes qui pensent devoir admettre d'après la loi 26, § 6, D. XVII-1, que le mandataire n'a aucun

recours contre son commettant, lorsqu'en exécutant son mandat, il a essuyé une perte fortuite, trouvent naturellement entre la loi 26, § 6, D. XVII-1 et la loi 52, § 4, une opposition qu'ils cherchent à concilier en disant que dans la société, gains et pertes doivent être communs, et que par ce motif, les juriscultes auraient autrement décidé le même cas au contrat de société.

Mais tout ne dépend-il pas de la question, de savoir si la perte se trouve dans un rapport nécessaire avec la gestion des intérêts sociaux ? Car certes, l'on ne saurait prétendre que toutes les pertes quelconques sont communes aux associés, à moins qu'on ne suppose une société de biens universelle.

La raison qu'on allègue ne saurait donc valoir : d'un autre côté, si l'associé qui contracte dans son intérêt, peut se faire indemniser par la société, des pertes fortuites qu'il éprouve dans une gestion, entreprise pour le compte de la société, le mandataire qui le plus souvent ne rend qu'un service d'ami, ne devrait-il pas à plus forte raison pouvoir exiger de son mandant la réparation de cette perte ?

L'équité repousse également une solution négative : cependant on y serait forcément amené, s'il y avait réellement opposition entre la loi 26, § 6. D. XVII-1 et la loi 52, § 4. D. XVII-2.

Mais cette opposition n'existe pas, et si les décisions de ces lois sont diverses, elles ne sont pas contraires, elles sont données en application des mêmes principes ; mais l'application se fait différemment, selon que les pertes se trouvent ou ne se trouvent pas dans un rapport de nécessité avec le mandat ou avec la gestion entreprise pour la société.

C'est ce que nous allons démontrer par la comparaison des deux lois.

Qu'on veuille bien se rapporter au cas dont il s'agit à la loi

26, D. XVII-1. Il y est question de pertes qui ne se trouvent dans aucun rapport nécessaire avec l'exécution du mandat donné, de sommes dont le mandataire ne devait pas faire emploi dans l'intérêt du mandat, *quæ impensurus non fuit*; il y est question de maladies essuyées en voyage par le mandataire ou les siens.

De quelles pertes fortuites s'agit-il au contraire dans la loi 52, § 4, D. XVII-2 ?

Voici l'espèce : de deux associés qui font un commerce de friperie, l'un entreprend un voyage pour acheter de la marchandise et est assailli par des voleurs de grand chemin : son argent est pris, ses esclaves sont blessés, les autres objets qu'il avait avec lui sont également enlevés. Tel est le cas de cette loi. Que décide-t-elle ?

Dicit Julianus damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecunia quam rerum cæterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur ; sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Julianus probat ».

Cette loi est si explicite, le motif de la décision si clairement indiqué, qu'il ne sera pas difficile de prouver que la décision repose précisément sur la même distinction qui a été faite à la loi 26, § 6, D. XVII-1.

En effet, s'il est établi, et la loi 26 le dit formellement *nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet*, s'il est prouvé que les pertes fortuites essuyées par le mandataire dans l'hypothèse de la loi 26 ne se trouvent dans aucun rapport direct et nécessaire avec le mandat il en est tout autrement de celles essuyées par l'un des sociétaires, pertes dont la loi 52 fait rejaillir la moitié sur l'autre associé : celles-ci se trouvent dans le rapport le plus direct, dans un rapport de nécessité avec

l'affaire que l'associé gérait pour le compte de la société. En effet c'est l'argent qui devait servir à faire les achats qui a été volé, ce sont les esclaves qui ont accompagné l'associé pour l'aider à faire les achats, pour transporter les marchandises et au besoin protéger les valeurs que l'associé avait avec lui, ce sont ces esclaves, qui ont été blessés à l'occasion de la rencontre et ce sont les frais de guérison de ces esclaves, ce sont enfin les autres objets que l'associé avait avec lui qui ont été volés, et dont la société doit également supporter la perte.

Quant à ce troisième chef, quant aux autres objets, il y avait à craindre une objection si elle n'était prévue et écartée dans la loi même.

La perte des objets propres à l'associé (*res propriæ*), dit Ulpien avec Julien, ne doit être supportée par la société que pour autant que ces objets étaient nécessaires à la gestion, que pour autant que l'associé ne les aurait pas eus avec lui, s'il n'avait voyagé pour le compte de la société.

Donc si à la loi 26, Paul déclare le mandataire non fondé à réclamer indistinctement la réparation des pertes fortuites qu'il a éprouvées à l'occasion du mandat, et après la loi 52, l'associé ne peut davantage demander indistinctement la réparation de pareilles pertes.

Si d'après la loi 26, § 6, le mandataire ne peut pas réclamer du mandant le remboursement des sommes qui ne devaient pas servir à l'exécution du mandat, l'associé d'après la loi 52, ne peut imputer pour moitié à son co-associé, la perte des objets qu'il aurait eus avec lui, si ces objets n'avaient pas servi à mener à bonne fin la gestion qu'il avait entreprise.

Que l'on compare les termes de la loi 26 : *Non omnia quæ impensurus non fuit* avec ceux de la loi 52 : *rerum cæterarum quas secum non tulisset* : et l'on ne pourra douter que pour le

mandat comme pour la société, les jurisconsultes romains ont fait la même distinction.

Et pourquoi d'ailleurs en aurait-il été autrement? L'associé qui gère les affaires de la société n'est-il pas le mandataire de celle-ci? Si l'on doute encore, qu'on veuille lire les lois 60, § 1, et 61 du même titre.

La loi 60, § 1, décide sur les frais de guérison, dans le cas où l'associé qui a voulu retenir les esclaves échappés à sa surveillance, a été blessé. Ce cas de perte est assimilé par Labéon à celui, où l'un des associés, par considération de la société, a manqué d'être institué héritier, et par conséquent, selon le sentiment de Labéon, cet associé est déclaré non fondé à intenter l'action *pro socio*.

Mais immédiatement après, Ulpien, dans la loi 61, décide qu'il a le droit d'imputer à la société les frais de guérison, et ainsi nous rentrons dans la distinction de pertes qui se trouvent, avec le mandat où avec la gestion, entreprise pour le compte de la société, dans un rapport nécessaire ou purement accidentel; si ce rapport est nécessaire, la perte est une conséquence d'un fait voulu par le mandant, une perte qui selon l'expression de la loi 26, § 6, doit être attribuée au mandat : en conséquence, le mandant, qu'il soit un tiers ou qu'il soit un associé du mandataire, en portera aussi le péril. Au deuxième cas, lorsque la perte est accidentelle, elle doit être imputée au hasard et partant le mandataire ou l'associé gérant n'en pourra exiger la réparation de personne.

DEUXIÈME PARTIE

DES CONTRATS INNOMMÉS

Il n'y a guère de matière qui présente un plus vaste champ à la controverse que celle des contrats innommés. Qu'on se rappelle seulement le *jus pœnilendi* qui a été si énergiquement attaqué par certains auteurs, puis défendu par d'autres, avec un zèle également excessif. Question que nous rencontrerons un peu plus loin : car c'est précisément le *jus pœnilendi* qu'on invoque pour soutenir que le droit romain dans ces contrats a suivi d'autres principes sur la question des risques et périls, et que les règles établies au titre de la vente sont exceptionnelles.

Pour préparer autant qu'il nous est possible une solution aisée de la question, il convient de nous rendre compte du caractère des contrats innommés, et surtout de rechercher avec soin la place qu'ils sont venus occuper dans le système général des contrats.

Sans nous arrêter sur les anciennes formes du *nexum* et du contrat *litteris*, l'on sait que la stipulation, qui s'est conservée jusqu'à Justinien, était la forme générale que devait revêtir toute convention pour avoir force obligatoire, pour être munie d'une action.

Cependant, fort anciennement déjà, huit contrats *juris gentium*, faisaient exception, et avaient reçu du droit civil la sanction qui les rendait parfaitement obligatoires. C'étaient le *mu-*

tuum, le *commodat*, le *depositum*, le *pignus*, l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, le *mandatum*, la *societas*.

Les quatre premiers n'avaient pas besoin de la forme des stipulations, parce que le but que l'on cherchait à atteindre par cette forme, c'est-à-dire la détermination exacte de l'objet de l'obligation, était atteint, *ipso facto*, par la livraison de la chose même qui devait être restituée; la *res* suppléait aux *verba*; aussi oppose-t-on aux contrats qui *verbis ineuntur* ceux qui *re ineuntur*. Quant aux quatre contrats consensuels, ils étaient obligatoires, en dehors de la forme de la stipulation, parce que dans les contestations qui s'élèvent sur ces contrats, la condamnation doit nécessairement être un *arbitrium*, c'est-à-dire doit intervenir *ex æquo et bono*, sans qu'elle puisse être déterminée toute entière à l'avance. En effet, dans ces contrats, les obligations sont réciproques et se modifient d'après une infinité de circonstances postérieures au contrat et impossibles à prévoir, comme par exemple, la faute, la demeure, la compensation; la seule règle qui puisse servir à mesurer l'obligation est donc l'*æquum et bonum*.

Les autres conventions étaient sans effet selon le droit civil. Toutefois si, se reposant sur la foi donnée, l'une des parties avait exécuté une convention bilatérale, sans que l'autre eût de bon gré exécuté sa promesse, il eût été par trop inique de laisser à cette partie la chose qu'elle avait obtenue. Le droit civil avait donné en pareil cas la *condictio causa data, causa non secuta*, au moyen de laquelle la partie qui avait exécuté la convention, pouvait répéter ce qu'elle avait donné, par cela même que d'autre part il n'y avait pas eu d'exécution. En même temps le prêteur avait protégé les simples pactes par une exception et les avait élevés au rang de l'obligation naturelle (1).

1. Les commentateurs du droit romain sont loin d'être d'accord sur

Ainsi le simple pacte, bien qu'il ne produisit pas d'action, était pourtant irrévocable quand il avait été exécuté par l'une des parties ; tandis que la convention bilatérale, lorsqu'elle était exécutée par l'une des parties, et qu'une chose avait été donnée, pouvait être révoquée par cette partie en vertu de la *condictio. c. d. c. n. s.*

En effet, si l'autre partie qui avait reçu l'exécution sans l'avoir faite de son côté, avait opposé l'*exceptio facti*, elle eût été repoussée par la *replicatio doli*, comme invoquant un pacte qu'elle n'avait pas elle-même respecté. De plus, lorsque cette partie avait usé de dol, lorsque par dol elle avait mis l'autre partie dans le cas de ne pouvoir répéter ce qu'elle avait donné ou prêté, il y avait lieu à l'*actio doli*. LL. 5, § 3, 16, § 1, D. XIX-5.

Telle était la jurisprudence des contrats au commencement de l'empire. Cependant on a senti que la bonne foi de la partie qui avait exécuté n'était pas assez protégée ni par la *condictio c. d. c. n. s.*, ni par l'*actio doli*. Il se pouvait, en effet, que sans qu'il y ait eu dol de l'autre partie, la reprise de ce qui

cette dernière proposition ; certains pensent que même dans le dernier état du droit romain les pactes ne créent pas d'obligations naturelles. Ils invoquent surtout le texte suivant : la loi 1, § 2, D. XLV-1. Dans cette loi, Ulpien prévoit le cas où quelqu'un ayant été interrogé se contenterait d'adhérer par un signe de tête, *sine verbis adnuisset*, et il déclare que non-seulement l'obligation civile, mais encore l'obligation naturelle fera défaut. La conséquence qu'il en tire immédiatement, c'est qu'une fidéjussion ne serait pas valable. Or, dit-on, il est certain qu'une pareille garantie est possible à l'égard d'une obligation naturelle. Cette décision peut s'expliquer de deux manières. D'abord on peut dire que le pacte fait défaut parce qu'il n'y a pas adhésion du créancier à une obligation naturelle : le créancier avait en vue une stipulation, et pas autre chose. En ce sens de Savigny.

avait été donné fût devenue impossible, comme, par exemple, lorsque la chose était périe fortuitement, ou par la fuite de l'*accipiens*, quand il était en demeure d'exécuter sa promesse.

Et c'est pour répondre à cette dernière exigence de l'équité que l'*actio in factum* ou *præscriptis verbis* a été introduite par la seule autorité des jurisconsultes. Aristo, contemporain de Trajan, est le plus ancien des jurisconsultes qui ait énoncé la règle que, en matière de contrats bilatéraux, il y a cause civile suffisante pour intenter une action, par cela seul que l'une des parties a exécuté son engagement. Loi 7, § 2, D. II-14.

Comme l'action *præscriptis verbis* a été introduite par la jurisprudence, sans que, du reste, il ait été dérogé à ce qui existait auparavant, il s'est trouvé que celui qui avait exécuté une convention bilatérale, pouvait intenter ou la *condictio c. d. c. n. s.*, ou l'action *præscriptis verbis*, ce qui constitue le *jus pœnitendi*.

Et ainsi les contrats innommés ont pris place dans le système des contrats civils sous le nom de *nova negotia*, de *contractus incerti*. L. 9, D. XII-1; L. 18, D. XLVI-4; les commentateurs les ont appelés *contractus innominati* dans le sens des lois 2 et 4, D. XIX-5, et ce nom leur a été conservé.

Il résulte évidemment de ce qui précède que les contrats innommés, grâce à l'*actio præscriptis verbis*, ne sont entrés dans le système des contrats qu'à une époque où les contrats réels et consensuels étaient déjà établis sur des règles fixes et constantes. De là on peut conclure que ces derniers n'ont pu rien emprunter aux contrats innommés : qu'au contraire les contrats innommés ont été formés et développés sous la tutelle des contrats nommés (1). C'est pourquoi aussi, dans toutes

1. L'ordre des contrats du Digeste, I. XII-XX est tout à fait historique : d'abord viennent les contrats du droit civil par excellence, ou

les questions, les jurisconsultes commencent par rechercher les analogies et les différences qu'il peut y avoir dans l'espèce d'un contrat innommé avec l'un ou l'autre des huit autres contrats.

C'est ainsi que dans le contrat innommé, que les interprètes appellent *contractus æstimatorius*, et qui constitue ce que nous appelons généralement la vente sur commission, Ulpien expose qu'on a douté si ce contrat devait être envisagé comme une vente *propter æstimationem*, comme un louage *quasi rem vendendam locassem, quasi operas conduxissem*, ou enfin comme un mandat. L. 1, D. XIX-3.

De plus à la loi 13, D. XIX-5, Ulpien s'occupe de la même espèce, et compare encore le même contrat au mandat et à la société.

Que faut-il décider sur les effets de ce contrat ?

La question concerne toute entière les risques et périls : nous dirons avec Ulpien à la loi 1, D. XIX-3, qu'on ne peut rien décider en général, qu'on ne peut pas établir une règle certaine, et que c'est parce que tout dépend des circonstances de fait, qu'on a dû donner l'*actio in factum*, comme elle est nommée à la loi 13, D. XIX-5, ou l'*actio æstimatoria præscriptis verbis*, comme l'appelle la loi 1, D. XIX-3 : observation qui s'applique à tous les autres contrats innommés, qui ont cela de commun qu'ils échappent à toute définition générale ; et tel est le motif pour lequel ni Gaius ni Justinien n'en ont traité dans leurs Institutes.

On pourrait multiplier les exemples pour montrer comment en cette matière, les jurisconsultes romains recherchent tou-

les *conditiones*, puis les contrats qui se rapprochent le plus des premiers par la limitation et la certitude de leur objet, les contrats consensuels et enfin les contrats innommés.

jours les différences, et par cela même les analogies avec les quatre contrats consensuels.

Voir les lois : l. 5, § 4, D. XIX-5.

l. 19, § 1, D. XIX-5.

l. 2. D. XIX-4.

l. 26 D. XIX-5.

L'analogie et la dépendance des contrats innommés, à l'égard des contrats nommés, nous autorise en quelque sorte à en conclure que tout contrat innommé doit dans son espèce être gouverné par les règles de celui des autres contrats avec lequel il a le plus d'analogie. Au moins cette opinion, qu'il sera d'ailleurs facile d'établir sur des textes, est-elle déjà rendue probable. D'après cela, comme il est évident que l'échange, *contractus do ut des*, a de grandes analogies avec la vente et a les mêmes effets quant à la garantie du chef d'éviction et des vices rédhibitoires (L. L. 1 et 2, D. XIX-4. L. 2. C. IV-64, voyons, si la question des risques et périls est gouvernée dans ce contrat par d'autres principes que ceux dont nous avons reconnu l'application au contrat de vente.

En général, nous l'avons vu, les contrats innommés ne peuvent pas leur force obligatoire dans le consentement comme la vente ; ils la tiennent tout entière de la prestation qui est faite d'une part, et cela considéré, il sera facile de montrer que les règles appliquées au contrat *do ut des* sont celles du contrat de vente.

Distinguons ici différentes hypothèses .

a) Puisque la prestation est à l'échange, ce que le consentement est à la vente, il s'ensuit que si l'une des parties exécute le contrat, alors que la chose (*species*) que l'autre partie devait livrer était déjà perdue, cette exécution manquerait son

effet : de même que la vente serait nulle, si, au moment où le consentement intervient, l'objet du contrat n'existait plus. L. 57, D. XVIII-1. Loi 16. D. XII-4. Si donc je vous avais donné de l'argent (1) à la charge que vous me donneriez Stichus, mais que Stichus fût déjà mort au moment où je vous ai donné l'argent, il n'y aurait pas d'obligation, je pourrais répéter mon argent par la *condictio sine causa*, de même que l'acheteur pourrait répéter le prix qu'il aurait payé par forme d'avance, si au moment de la vente la chose n'avait plus existé.

b) Si la chose périt après qu'il y a eu prestation d'une part, si par exemple, Pierre ayant exécuté le contrat, la chose (*species*) que devait livrer Paul périt fortuitement, ce sera le créancier Pierre qui supportera cette perte, car Paul sera libéré. *Impossibilium nulla obligatio*. Ainsi le décident les lois : l. 10, C. IV-6 et loi 5, § 1. D. XIX-5.

La décision explicite de ces deux lois n'empêche pas certains jurisconsultes de prétendre que les règles de la vente ne s'appliquent pas à l'échange. Quant à la loi 10 précitée, ils disent qu'elle n'est qu'un rescrit, dont le cas n'est pas bien connu, que par conséquent on ne saurait en tirer argument. Si ce rescrit était le seul passage qui donnât cette solution, et que sa teneur fût moins générale, moins précise, on concevrait cette objection ; mais la loi 5, § 1, énonce le même principe et ces deux passages forment un argument qu'il nous paraît impossible de renverser.

La loi 10, C. IV-6 dit : *Pecuniam a te datam, si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeli posse certum est* ».

1. Il s'agit ici d'un cas où il n'y avait pas de convention sur la somme, et où l'argent a été donné en masse, sans que la somme eût été directement ou indirectement déterminée, sans quoi il y aurait vente.

A côté d'elle se place la loi 5, § 1, C. XIX-5 qui décide sur un cas déterminé et qui y applique précisément la décision plus générale renfermée dans la loi 10.

Paul dit à la loi 5 : si je vous ai donné des coupes d'argent pour que vous me donniez *Stichus*, ce sera moi qui supportera¹ le risque et péril de l'esclave, de même que l'acheteur porte le risque et péril dès qu'il a acheté.

Pour écarter l'autorité de ce texte, on soutient d'abord que le mot *periculum* ne signifie pas nécessairement que la partie qui a fait sa prestation, ne peut pas intenter la *condictio sine causa*, qu'il peut signifier simplement que cette partie perd l'*actio præscriptis verbis*.

Nous répondrons : quand même il ne serait pas démontré que le mot *periculum* appliqué au créancier, veut dire qu'il perd tous ses droits résultant de l'obligation, et que partant il ne peut redemander ce qu'il a donné, toujours serait-il que tout le contexte de la loi 5, § 1, ne permettrait pas qu'on rapportât seulement le mot *periculum* à l'*actio præscriptis verbis*. En effet, après que Paul a dit : si je donne une chose pour en recevoir une, il y a *civilis obligatio* ; de sorte qu'à défaut de recevoir de vous la chose promise, je pourrai vous poursuivre en dommages-intérêts, ou, si j'aime mieux, répéter ce que j'ai donné, le jurisconsulte ajoute immédiatement : mais si je vous ai donné des coupes....

Le jurisconsulte dans la loi 5 discute évidemment la question de savoir si la partie qui a exécuté l'engagement peut répéter ce qu'elle a donné, lorsque l'autre partie a perdu la chose qu'elle devait livrer, et il distingue : si la chose a été perdue par la faute du débiteur, il sera tenu ou de l'action en dommages-intérêts (*præscriptis verbis*) ou de la *condictio c. d. c. n. 5*. Mais le risque et péril n'est pas pour le débiteur, ajoute-t-il. Qu'est-

ce autre chose, si ce n'est dire qu'en cas de perte fortuite, le créancier n'aura ni l'une ni l'autre action ?

La construction grammaticale aussi repousse l'opinion contraire. En effet, si la conjonction *sed* ne devait pas former opposition aux deux propositions du même membre de phrase, il serait à coup sûr, par trop extraordinaire de prétendre qu'elle se rapporte au premier membre exclusivement, c'est-à-dire au membre le plus éloigné.

Ainsi deux lois dont le texte résiste à toute interprétation contraire, concourent à prouver que le copermutant créancier, pour avoir exécuté son engagement, porte le risque et péril de *species* qui lui est due, de même que l'acheteur porte le risque et péril par cela seul que la vente a été parfaite.

Les adversaires ont toutefois invoqué la loi 16, D. XII-4 qui est ainsi conçue : *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares : utrum id contractus genus proportionem emptionis et venditionis est ? An nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati causa non secuta ? In quod prodivior sum, et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares.*

Cette loi serait-elle contraire à la décision de Paul, loi 5, § 1, D. XIX-5 ?

C'est ce qui est loin d'être démontré : nous pensons que cette loi décide sur le cas où la chose qui devait être donnée en échange contre celle déjà livrée, n'existait plus au moment de la livraison c'est-à-dire au moment de la perfection du contrat car les mots *si Stichus mortuus est* ne signifient pas *si Stichus meurt*, mais bien *si Stichus fût mort* au moment de l'exécution. Et dès lors, l'échangiste qui aurait fait sa prestation se trouverait dans le cas d'un acheteur qui aurait acheté et payé ce qui n'existait plus au moment de la vente : il faut donc bien qu'il puisse répéter ce qu'il a donné, le contrat ayant été nul.

Interprétées de la sorte, toutes ces lois se trouvent dans un

accord parfait entre elles et avec les principes qui gouvernent le contrat de vente ; il en résultera que le *jus pænitiendi* ne peut plus être exercé lorsque l'échangiste, à qui une prestation a été faite, est dans l'impossibilité de faire la sienne, parce que cette impossibilité, non occasionnée par sa faute, équivaut à l'exécution, règle que la loi 5, § 1, D. XVIII-5, établit pour la vente, mais comme conséquence d'un principe général, ainsi que nous l'avons démontré en nous occupant de la vente ; et que la loi 3, § 4. D. XII-4, l'établit dans un contrat innommé auquel on ne saurait contester son analogie avec la vente.

Mais dans ce cas, le débiteur devra prouver qu'il a fait tout son possible pour exécuter son obligation. La raison de la sévérité de la loi dans ce cas en est que l'objet de l'obligation dont il s'agit dans la *condictio causà data c. n. s.* n'est point la prestation devenue impossible, mais la restitution, de la chose qui a été donnée *ob causam futuram*. Rigoureusement la restitution peut être demandée par cela seul que *causa non secuta est*, mais l'équité a fait introduire une exception en faveur du débiteur dans le cas où il n'a obtenu la chose donnée que moyennant une obligation dont il se charge : seulement c'est à lui de prouver qu'il est digne de cette faveur. Quelque chose d'analogue se rencontre dans la clause penché. En ce sens : Maynx : *Cours de droit romain*, 4^e édition, § 243, n° 44.

Il est donc inutile, pour expliquer ces textes de Paul et de Celse, de s'appuyer sur la marche naturelle qu'on a dû suivre pour arriver à la théorie des contrats innommés, telle qu'elle nous apparaît dans le dernier état du droit.

Lorsque la *datio ob rem*, dit-on, n'était pas encore considérée comme pouvant engendrer un contrat, la partie qui avait exécuté ce pacte ne pouvait contraindre l'autre partie à faire la prestation promise, elle n'avait qu'une *condictio* pour reprendre sa chose. Celse se place à ce point de vue ; il n'admet

point que par suite de l'exécution par l'une des parties la convention d'échange produise un contrat, et par suite une obligation civile. La *condictio ob rem dati re non secuta* est seule possible. Il y a *res non secuta* quand la convention n'est pas exécutée, soit qu'il y ait faute de la partie qui a reçu, soit qu'il y ait cas fortuit indépendant de sa volonté. D'après cette décision, les risques incombent à la partie qui n'a pas encore exécuté la convention.

Paul, qui vivait postérieurement à Celse, suit dans ses raisonnements le progrès de la législation qui, par la création de l'action *præscriptis verbis*, rendait civilement obligatoires les contrats innommés. Partant de cette donnée lorsque l'une des parties avait volontairement exécuté la convention, elle avait une action civile pour contraindre son co-contractant à l'exécuter à son tour. Donc comme dans la vente, elle avait obtenu tout ce à quoi elle avait droit, puisqu'elle était créancière de l'objet promis en retour de celui qu'elle avait donné. Il était logique alors d'appliquer la règle : *res perit creditori*. Cette doctrine avait fini par prévaloir universellement. Loi 10, C. IV-6.

C'est donc par inadvertance des rédacteurs, ajoute-t-on, que le fragment de Celse, représentant de l'ancienne doctrine, a été inséré au Digeste.

Qu'en est-il des risques au cas où la chose même qui a été donnée par l'un des permutants périt auprès de l'autre qui n'a pas encore exécuté le contrat ?

Cette question se résout d'après les principes généraux.

En effet par le fait du *dare*, le permutant qui reçoit la chose devient débiteur d'une alternative au choix du créancier, puisqu'il devra ou exécuter son engagement ou restituer ce qu'il a reçu, suivant l'option du permutant qui a exécuté la convention.

Or, comme dans l'obligation alternative, les deux choses sont *in obligatione*, il en résulte nécessairement que le permittant, débiteur, ne peut se prétendre libéré, par cela seul que la chose qu'il a reçue est venue à périr : la *condictio c. d. c. n. s.* n'a plus lieu en effet, mais l'action *præscriptis verbis* est conservée au créancier, tant que la chose qu'il doit recevoir subsiste, et lui demeurerait conservée encore si elle était périée par la faute du débiteur.

La question des risques et périls dans les autres contrats innommés se résout d'après l'analogie que le contrat innommé a dans son espèce avec les autres contrats, suivant l'intention des parties et les circonstances du fait.

C'est d'après cette analogie que la loi 5, § 3, D. XII-4 décide sur la question de savoir si celui qui a voulu procurer la liberté à son esclave, et qui a donné de l'argent à son maître pour que celui-ci l'affranchît, peut répéter ce qu'il a donné lorsque l'esclave a pris la fuite avant l'affranchissement.

Le jurisconsulte répond par cette distinction.

Si le maître de l'esclave qui a reçu l'argent avait l'intention de vendre l'esclave, et qu'il ne l'ait pas vendu parce qu'il voulait remplir l'engagement qu'il avait pris, celui qui a donné l'argent ne pourra pas le répéter au cas où l'esclave a pris la fuite ; si, au contraire, dit le même paragraphe, le maître de l'esclave n'avait pas l'intention de le vendre, celui qui a donné l'argent pourra le répéter.

Le motif de cette distinction doit être recherché dans l'analogie qu'il y a au premier cas avec le contrat de vente ; au deuxième, avec le mandat. En effet, au premier cas, où le maître de l'esclave avait l'intention de le vendre, le jurisconsulte décide comme s'il y avait eu vente : il refuse la répétition de l'argent à celui qui a racheté l'esclave. Au deuxième cas, lorsque le maître de l'esclave n'avait pas l'intention de le vendre, il ac-

corde la répétition ; pourquoi ? Parce que, comme il n'y a aucune intention de vendre ni d'acheter, le cas se rapproche d'un mandat que la vente de l'esclave a rendu impossible ; donc rien de plus juste que d'accorder la répétition de l'argent, qui dans ce cas n'était censé donné que pour défrayer à l'avance le maître de l'esclave, de la perte à lui causée par l'affranchissement : c'est pourquoi le § 3, tout en décidant qu'il y aura lieu à répétition, ajoute ce tempérament : *nisi forte diligentius, cum habiturus esset si non accepisset ut manumiteret; tunc enim non est æquum eum et servo et toto pretio carere.*

Au § 4, Ulpien examine le même cas, mais il suppose que l'esclave est mort avant l'affranchissement, et il considère en même temps quelle peut être l'influence de la demeure. Si, dit-il, le maître de l'esclave était en demeure de l'affranchir, il devrait dans tous les cas restituer ce qu'il a reçu, eût-il même eu l'intention de vendre l'esclave ; car celui qui est en demeure ne peut pas invoquer la règle : *impossibilia nulla est obligatio* : la chose lui était possible, et s'il avait fait ce qu'il aurait dû faire, le cas ne serait peut-être pas arrivé. Du reste c'est une conséquence du principe de l'imputabilité que de déclarer libéré celui qui est mis dans l'impossibilité de faire une prestation, alors seulement qu'aucune faute ne lui est imputable : or, la demeure implique qu'il y ait faute : donc la conséquence est que celui qui a reçu l'argent demeure obligé et doit le restituer.

S'il n'y a pas eu demeure, Ulpien fait la même distinction que dans le cas précédent : si le maître a eu l'intention de vendre l'esclave ou qu'il eût évité sa perte s'il l'eût employé ailleurs, il gardera ce qu'il a reçu. Si au contraire rien de tout cela n'est arrivé, le maître de l'esclave supportera la perte comme au cas précédent, où il s'agissait de la fuite ; et par conséquent il devra restituer l'argent.

Cependant le jurisconsulte ajoute encore cette réserve.

Nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam præbuit ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel veticulo obritus, vel alio quo modo quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Il est intéressant, je crois, de comparer ces derniers termes avec la loi 52, § 4, D. XVII-2, aux mots : *quam rerum cæterarum quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur*, ainsi qu'avec le Pr. du § 6 de la loi 29, D. XVII-1 ; n'est-il pas permis d'en conclure que dans les contrats innommés on a, par analogie, appliqué les règles des contrats nommés, et de trouver dans la loi 5, § 4, une nouvelle preuve du fondement de la distinction, par laquelle nous avons résolu la question de savoir si le mandataire ou l'associé peuvent se faire indemniser des pertes fortuites qu'ils ont éprouvées en s'acquittant de leur gestion.

Les décisions des §§ 3 et 4, D. XII-4, ne s'expliquent aussi que par l'analogie du § 3 avec le mandat, d'où le *jus pœnitendi*, car le mandat avant son exécution peut être révoqué, tandis que la décision du § 4 ne peut être fondée que sur son extrême analogie avec la vente.

Un autre contrat innommé bien important est celui que les interprètes appellent *contractus ælimatorius* ; il se présente si souvent dans la vie ordinaire, que de même qu'à l'échange, les Romains ont donné un nom à l'action qui en résulte (*De Æstimatoria*, D. XIX-3).

La question des risques et périls dans ce contrat est réglée dans la loi 17, § 1, D. XIX-5, par Ulpien qui fait des distinctions fort équitables.

Je vous donne à vendre des perles avec estimation, à condition que vous me remettrez ou les perles ou leur prix.

Qui supporte le risque et le péril ?

Ulpien rapporte que Labéon et Pomponius ont distingué :

si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum. Si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi præstes. Actio autem ex hac causa utique erit præscriptis verbis.

Certes on pourrait dire que tout cela a lieu selon convention tacite, mais je crois qu'on peut donner les motifs pour lesquels les parties sont censées l'avoir facilement voulu : ces motifs sont l'analogie avec les contrats nommés.

Lorsque je veux vendre un objet, et que je m'adresse à quelqu'un pour qu'il le vende à un prix déterminé, il est évident que ce contrat, dans son espèce a la plus grande analogie avec le mandat (1).

Eh bien : d'après cela n'est-il pas naturel que l'affaire se gère au risque et péril de celui qui a voulu remettre et qui a donné à vendre ? Voilà pour la première hypothèse *si ego quidem te rogavi*.

Que si au contraire je n'avais pas l'intention de vendre mes perles, mais que vous m'ayez engagé à les vendre, la loi décide que les risques et périls seront pour celui qui a proposé de vendre. Le motif en est qu'ayant proposé de faire ce que l'autre n'aurait point fait, il devrait être considéré comme mandant, si ce n'était l'empêchement tiré de ce que le mandat doit être gratuit : c'est ce qui résulte de la loi 6, § 5, D. XVII-1, qui décide qu'il y a mandat lorsque j'ai engagé quelqu'un à faire ce que sans cela il n'aurait pas fait : il est donc juste que, comme auteur de la proposition, à l'exécution de laquelle j'ai engagé l'autre partie, je supporte les risques et périls de cette exécution.

1. Il y aurait en effet mandat, si celui qui est chargé de vendre était obligé de restituer le prix qu'il reçoit ; mais comme il ne doit restituer que le prix auquel la chose a été estimée, son office n'est pas gratuit, car il peut retenir l'excédent : L. 13. D. XIX-5.

Reste à examiner la troisième hypothèse : Je n'ai pas eu l'intention de vendre, mais ce n'est pas non plus vous qui vous êtes constitué auteur de la proposition. Dans ce cas, que faut-il décider ?

La réponse est que le risque et péril sera supporté par moi, et le motif est l'utilité réciproque des deux parties qui se manifeste ici d'un tel point qu'ailleurs à la loi 44, D. XVII-2. Ulpien dit du même cas qu'il y a société selon l'intention des parties : tandis que pourtant le même Ulpien à un autre endroit (L. 13, D. XIX-5) décide qu'il n'y a pas de société, parce que celui qui a donné à vendre s'est réservé un prêt certain.

Pour nous, nous croyons qu'il faut s'en tenir sur ce point à la décision de la loi 13, et ne voir dans l'espèce qu'un contrat innommé ; car la société suppose que chaque associé prendra une part au bénéfice : cette participation est une condition essentielle du contrat de société ; donc là où elle est incertaine pour l'un des contractants, tandis qu'elle est certaine pour l'autre, l'on ne saurait voir un contrat de société. Or, dans l'espèce des lois 44 et 13 précitées, il est incertain si celui qui est chargé de vendre aura une part du profit, tandis qu'il est certain que celui qui aura donné à vendre recevra à lui seul le prix : motif indiqué d'ailleurs par Ulpien lui-même dans la loi 13, Pr. *in fine*, D. XIX-5.

Pour en terminer avec la troisième hypothèse, disons qu'il en résulte, que le cas, où je donne à vendre après estimation sans avoir eu auparavant l'intention de vendre, mais aussi sans que le revendeur puisse être considéré comme l'auteur de la proposition de vente, est traité suivant l'analyse du contrat de société. Donc d'après les règles de la société, le revendeur ne doit être tenu que de toute faute, ainsi que cela résulte de la loi 52, § 3. D. XVII-2, où il est décidé qu'un associé qui a

reçu du bétail avec estimation, c'est-à-dire du bétail à charge de le vendre à un prix déterminé, après l'avoir conduit aux pâturages est tenu de toute faute, même du vol non commis par force majeure : ce n'est que le cas fortuit ou la force majeure même dont il ne répond pas, et cette décision s'accorde avec la troisième hypothèse du § 1 de la loi 17, D. XIX-5 qui décide sur le cas analogue.

Il y a bien un texte du jurisconsulte Ulpien, loi 1, § 1. D. XIX-3, qui semble contraire à ces distinctions et semble mettre toujours les risques à la charge du débiteur (*accipiens*).

La raison de cette divergence doit être recherchée dans l'histoire du commerce, tel qu'il se pratiquait dans le monde romain. Comme de nos jours, il existait entre les marchands et les acheteurs une classe intermédiaire de personnes connues sous le nom de *circitores*. Ces *circitores*, ainsi que l'indique le mot, couraient ça et là, s'agitaient, se donnaient du mouvement pour placer les marchandises ; ils allaient au-devant des acheteurs et leur proposaient les objets dont ils pouvaient avoir besoin. L'activité qu'ils déployaient n'avait d'autre cause que l'espérance de vendre plus cher la marchandise que le propriétaire, le commerçant établi, leur avait cotée à un prix déterminé, et partant de réaliser un bénéfice sur l'excédent du prix. Il est à croire que ces *circitores* se recrutaient parmi ces gens d'un esprit mercantile, qui n'avaient pu s'établir pour leur compte, faute de ressources personnelles : ils devaient donc offrir leurs services aux commerçants, mais ceux-ci ne les acceptaient qu'en prenant leurs précautions. Parmi ces précautions, la plus utile était celle de sauvegarder le capital représenté par l'objet à vendre, qu'ils étaient bien forcés de leur confier : de là l'obligation inéluctable pour le *circitor* de répondre toujours de la marchandise, c'est-à-dire de la représenter *in specie*, en

cas d'échec dans ses tentatives de vente, ou de payer son prix, l'estimation.

Le paragraphe 1 n'est donc qu'une règle particulière d'une application restreinte à certains individus, à certaines hypothèses. C'est pour ainsi dire une disposition de droit commercial.

Ne ressort-il pas de toutes les explications données jusqu'à présent, que nous avons raison de dire au début de notre travail, que le principe de l'imputabilité traversait tout le système romain ? Nous avons essayé de démontrer avec quelle rigueur ce principe était appliqué aux obligations unilatérales et synallagmatiques, dérivant de contrats nommés, et nous avons tâché d'établir qu'aux contrats innommés l'on doit par analogie appliquer les décisions concernant les contrats nommés.

DROIT FRANÇAIS

DE LA

TENTATIVE EN MATIÈRE

CRIMINELLE ET CORRECTIONNELLE

INTRODUCTION

Une étude sur les dispositions qui régissent la tentative ne serait pas complète si on ne les rattachait à un principe supérieur qui plane sur tout le droit pénal : le droit de punir ; aussi nous semble-t-il indispensable au début de notre travail d'établir l'existence de ce droit et d'en déterminer la source.

Le droit pour la Société d'avoir des tribunaux de répression, d'infliger des peines à ceux qui commettent des actions jugées coupables, est en lui-même au-dessus de toute contestation et ne saurait être mis en doute : il a l'assentiment des peuples anciens et modernes, des publicistes et des philosophes de tous les temps : le nier serait contredire l'histoire universelle dans ce qu'elle a de plus positif : « Qu'aucun délit ne reste impuni dans la république : que le fugitif soit soumis à la sanc-

« tion légale, que la mort, les fers, le fouet, l'infamie, la relégation, les amendes soient les suites inévitables de la violation des lois (1) ».

« Qu'on regarde le retour des exilés, la liberté des prisonniers coupables, le pardon des hommes condamnés comme des signes certains de la décadence de la République (2) ».

Voilà ce que les philosophes de l'antiquité ont dit de l'impunité. Les écrivains modernes ont employé leur raison et leur éloquence à donner à cette vérité un nouveau développement : seuls quelques esprits amoureux du paradoxe, quelques savants ont essayé de soutenir la controverse ; Émile de Girardin dans son livre : *Du droit de punir*, a nié à la société le droit d'infliger des peines. Il examine les vieilles théories, qui d'après les divers auteurs servent de base à ce droit, se contente de les réfuter et en conclut que la pénalité n'est pas légitime : sa conviction se parfait lorsque se demandant si elle est utile à la société, il trouve que son usage est « moins utile que nuisible et moins tutélaire que dangereux » ; comme conclusion de son système, il préconise la suppression des peines corporelles et prétend les remplacer par la publicité pénale, c'est-à-dire l'inscription de l'acte criminel sur un livret dont chaque citoyen serait porteur ; on ne condamnerait plus, on inscrirait. D'après l'énoncé seul de cette théorie, on aperçoit clairement la gravité des difficultés que la société devrait surmonter pour assurer son existence : aussi malgré un appel chaleureux qu'Émile de Girardin fait, à la fin de son ouvrage, à la controverse qu'il charge « de combattre les inconvénients qu'il a pu commettre, et de dissiper les ombres qu'il

1. Plato, *de leg.*, dial. 9.

2. Cicéron, 7, *in Verrem*.

« a pu laisser », aucun publiciste n'a eu l'idée de lui répondre, l'évidence ne se démontre pas.

Certains médecins aliénistes et certains phrénologistes ne considèrent pas le droit de punir comme légitime : d'après eux, les criminels sont des malades, des infirmes, qui, au lieu d'être punis, doivent être soumis à des traitements spéciaux (1) : « le seul moyen curatif qui soit en voie d'étude et auquel l'expérience semble être favorable est l'assistance (2) ».

Cette théorie a pour résultat de nier la liberté humaine, et partant la responsabilité : la conscience de chacun élève contre ce système un cri de protestation dont la sincérité doit rendre bien difficile la conviction de ses défenseurs : d'ailleurs la doctrine de l'irresponsabilité est forcée d'admettre des tempéraments qui n'en feraient pas une nouveauté dangereuse ; elle viendrait à prévaloir que nos lois n'en seraient pas profondément modifiées. Pourquoi ? Parce que nos codes sont fondés sur la nécessité et non sur la justice : les criminalistes philanthropes n'approuvent pas qu'on mette en prison un voleur ; ce serait le punir, et on n'en a pas le droit ; mais ils proposent de le retenir dans un asile. Je n'y vois pas grande différence.

On peut donc proclamer hautement que la société a le droit de punir ; mais quel est le fondement de ce droit ? Question de l'ordre le plus élevé, agitée depuis longtemps, et qui a produit de sérieuses controverses sans qu'aucun des systèmes jusqu'ici émis ait encore triomphé des autres par des raisons convaincantes ; elle est toutefois le point de départ de toute étude

1. En ce sens, voir : *L'Homme criminel*, par César Lambroso, traduction de la IV^e édition italienne, par MM. Régnier et Bournet, Paris, Félix Alcan, 1887, page 640 et suiv. *Le crime et la folie*, par Mandsley, introduction, page 32, *in fine*.

2. *Dégénérescence et criminalité*, par Charles Ferré, médecin de Bicêtre, chapitre xv, p. 138.

en droit criminel ; le publiciste, le législateur, le juge, doivent en effet être fixés sur les bases du droit de punir, l'un pour en déduire ses propositions et ses conseils ; l'autre pour être rationnel dans ses lois ; celui-ci pour résoudre les questions qui surgissent du texte de la loi, et tenir compte de son esprit dans l'application. Nous allons passer en revue aussi brièvement que possible les diverses théories émises sur ce point ; nous abordons d'autant plus volontiers cette étude que les textes de la tentative, ainsi que nous le verrons, nous donnent certaines indications, auxquelles ils nous sera possible d'avoir recours pour pénétrer l'idée de la loi à ce sujet.

Home et Luden ont soutenu la théorie de la vengeance : la première inspiration de l'homme attaqué est de frapper à son tour, la vengeance est donc un sentiment inné : livré à lui-même, cet instinct donnerait lieu à des luttes brutales qui jetteraient le trouble dans la société : aussi celle-ci est-elle obligée d'intervenir pour le mettre en œuvre et le régler : c'est la nécessité de son intervention qui constitue la légitimité du droit de punir. Cette théorie confond l'origine historique du droit de punir avec son origine philosophique : oui, au début, lorsque la justice sociale n'existait pas, et que les personnes étaient obligées de se défendre elles-mêmes, le droit de vengeance était le principe des peines ; il appartenait à la famille, et était une véritable punition infligée sous forme de représailles à l'auteur de l'offensé, mais au point de vue philosophique, la vengeance est impuissante à légitimer la peine ; elle est une passion, et comme toute passion elle ne sait pas se mesurer : elle exclut toute idée d'équité, de modération. Cette théorie ne permettrait pas d'établir entre la peine et la faute une proportion exacte, elle a d'ailleurs un point de départ qui n'est rien moins que contestable ; car on a peine à comprendre en quoi le mal injuste qui m'est fait par un indi-

vidu dont le droit est égal au mien, peut justifier le mal que je pourrais lui faire à mon tour, abstraction faite de mon droit de défense. Elle est d'ailleurs inconciliable avec des articles concernant la tentative : oserait-on soutenir que l'instinct de vengeance demande à être satisfait dans la même mesure lorsque le criminel arrive à ses fins, et lorsqu'une circonstance indépendante de sa volonté l'empêche d'y parvenir?

D'après une autre opinion, le fondement du droit de punir se trouverait dans un contrat formé entre les hommes se mettant en société : contrat social où d'après une clause spéciale, la société a le droit d'avoir des lois pénales. Ce système, soutenu, avec quelques nuances dans les expressions, par Montesquieu (1), J.J. Rousseau (2) Beccaria (3) a donné lieu à deux théories, qui malgré leur communauté de point de départ, se distinguent dans leur développement : D'après l'une, chaque individu est réputé avoir consenti pour prix de la protection qu'il stipule de la société, à être puni par le pouvoir social s'il transgresse les lois. Ainsi la base du droit de punir est la concession anticipée des délinquants. D'après l'autre la société puise le droit de punir dans une délégation anticipée de l'offensé : chaque individu dans l'état de nature a le droit de se défendre contre les attaques dont il est l'objet; il entre dans la société, et lui délègue son droit pour en obtenir un exercice plus efficace et éviter des luttes incompatibles avec l'état social. Ces deux théories reposent sur des idées fausses, l'hypothèse d'un contrat social est une pure fiction : l'état de société n'est pas un état convenu, mais un état naturel, nécessaire : la psychologie et l'histoire n'en connaissent pas d'autre ; l'individu n'entre

1. *Esprit des lois*, livre 26, chap. 12.

2. *Contrat social*, liv. 2, chap. V.

3. *Introduction au traité des délits et des peines*.

pas dans la société avec la parfaite conscience de ses droits et de ses intérêts, comme une personne libre qui stipule tout d'abord la garantie des uns et des autres en échange des sacrifices auxquels elle s'engage : il y entre comme un simple élément dans *un tout naturel*, selon le mot de Bossuet. Puis, avant de faire le contrat social, il aurait fallu procéder à la confection d'un autre contrat où l'on aurait décidé que l'on devrait suivre celui-ci, ce qui suppose un autre contrat et ainsi de suite de plus la société ne pourra exercer ses droits que sur ceux qui ont figuré au contrat : l'étranger sera inattaquable, le fils ne sera pas lié par les promesses du père. Si nous passons à l'examen particulier de chaque théorie, nous verrons qu'elles prêtent facilement le flanc à la critique ; d'après la première, le délinquant abdique ses droits entre les mains de la société, mais pour accorder ces droits sur lui-même il faudrait qu'il en fût saisi, qu'il pût éventuellement disposer de sa liberté, de son honneur, de sa vie : une pareille prétention est contraire à la loi morale. Dans la deuxième, on confond le droit de défense et le droit de punir ; il existe toutefois entre ces deux droits deux différences fondamentales : l'un naît d'un danger imminent et ne survit pas au besoin de repousser l'agression, il peut s'exercer contre toute attaque quel que soit le degré de responsabilité de l'auteur : l'autre survit au fait illicite et suppose que celui à qui un châtement est infligé est responsable, c'est-à-dire a été doué de la moralité qui lui permettait d'apprécier l'acte, et de la liberté qui lui permettait de s'abstenir : comment dans ce système expliquer l'aggravation des peines en cas de récidive ?

Thomas Hobbes (1) trouve la base du droit de punir dans l'utilité sociale, l'intérêt du plus grand nombre : ce qui justifie

1. *De cive*, cap. 3 et 19 ; *Leviathan*, cap. 28.

la peine, c'est une utilité majeure, sa nécessité : il importe peu de savoir si la peine est juste en elle-même : elle se justifie par cela seul qu'elle est utile à l'ordre social : cette utilité peut être envisagée sous bien des aspects : de là tant de systèmes différents : suivant les uns, la loi pénale doit avoir un effet préventif : suivant les autres, elle doit avoir un effet réparateur : d'après ceux-ci, elle doit corriger le coupable. Cette doctrine enlève à la peine tout caractère moral, conduit à donner à la société le droit d'infliger les peines les plus sévères : plus l'intimidation sera forte, plus la société sera forte : de plus, le triomphe dans la loi d'un pareil système paraît naître chez les magistrats une tendance à prononcer une peine, alors que la culpabilité de l'agent ne serait pas complètement prouvée : ce serait la justification de la Saint-Barthélemy, de la Terreur, de la Commune qui prononçaient leurs arrêts au nom du Salut Public.

La véritable base du droit de punir, d'après Kant, est la justice absolue ; notre conscience nous indique qu'il est des actions bonnes ou mauvaises en elles-mêmes, et nous montre comme une nécessité morale que les unes soient récompensées et les autres punies : le mal cause du désordre, et la société qui a reçu du pouvoir divin la délégation de maintenir l'ordre moral, doit châtier les coupables : qu'il y ait utilité ou non : peu importe, c'est pour satisfaire à la justice que la société doit punir : elle en a le droit et le devoir. Cette théorie ne tient pas compte de l'intérêt social : la société punit par cela seul qu'il y a eu délit, et non pour prévenir les délits futurs. De plus, où a-t-on vu la preuve de cette délégation divine ? Pourquoi punir des actes qui ne sont pas contraires à la loi morale, comme les infractions aux règlements des douanes, de l'octroi ? Comment encore concevoir une société qui aurait pour mission de punir toutes les infractions à la loi

morale ? Il ne resterait plus de place au libre arbitre : le pouvoir cumulant, l'autorité religieuse et sociale, exercerait une véritable inquisition, intéressée à savoir et tout ce qu'on fait et tout ce qu'on pense. De plus si la société devait punir tous les actes violateurs de la loi morale, pourquoi ne récompenserait-elle pas les actes conformes à cette loi ? Tâche bien au-dessus de ses forces. Ne devrait-elle pas tenir compte dans la distribution des peines, de l'expiation déjà subie par le coupable, de son remords, de son repentir ?

A côté de ces théories qui se font remarquer par leur caractère exclusif, il s'est formé un système éclectique soutenu par Rossi, de Broglie, Gaizot, de Rémusat, Boitard, Ortolan. D'après ces auteurs le droit de punir est déduit de la combinaison de l'idée de justice morale, et de l'idée d'utilité sociale. Il faut que le mal moral soit expié, mais la société n'a qualité pour faire subir cette expiation que dans la mesure de son intérêt. Un élément nouveau est introduit ici : la peine est limitée par l'intérêt social, mais ce système dans son ensemble mérite les reproches adressés à celui de Kant : il serait plus vrai de renverser l'ordre et de dire que la première idée qui sert de base au droit de punir est l'utilité : ainsi récemment on a fait une loi sur l'espionnage. Pourquoi ? Parce que l'intérêt public réclamait des mesures contre les agissements de nos ennemis à l'intérieur du territoire. Est-ce parce que l'espionnage est un fait immoral ? C'est une vérité acquise depuis longtemps. Mais ces deux systèmes ont le tort de tenir compte d'un élément dont on ne peut pas apprécier la juste mesure : car le pouvoir humain n'a aucun moyen de connaître sûrement l'étendue d'expiation que la loi morale impose, et qu'une justice qui n'est pas de ce monde peut appliquer. La justice humaine a la vue courte et confuse : ses moyens d'instruction sont bornés. Comment peut-elle vérifier la sincérité

des regrets, les angoisses du remords, et les déchirements de la douleur ? Elle ne pénètre pas dans la pensée du coupable : elle ne peut mesurer ni le degré de la faute ni le degré de l'expiation, elle s'arrête aux faits extérieurs, aux indices, aux probabilités.

Mais quel est donc le véritable fondement du droit de punir ? A quel principe faut-il remonter pour l'expliquer et en rendre compte ? C'est suivant nous, sur *la nécessité même des choses* qu'il est possible de l'établir. L'état social n'est point une convention, mais l'état de nature de l'homme, la condition pour laquelle il est fait : c'est le plus grand besoin de l'homme, besoin qui prend providentiellement sa source dans l'égoïsme de *chacun* de nous, en ce sens qu'il procède de l'ensemble ~~de~~ nos besoins que nous ne saurions satisfaire sans le commerce et le secours de nos semblables. L'état social étant une nécessité de la nature humaine, la société est un fait légitime, et tout ce qui peut être nécessaire à sa conservation et à son développement aura ce même caractère de légitimité : or la vie sociale, pour atteindre son but qui est de favoriser par tous les moyens le développement des facultés physiques, intellectuelles et morales des individus qui la composent, suppose l'idée d'ordre, et l'ordre suppose l'idée d'un pouvoir qui empêche le désordre : la notion du pouvoir est donc inséparable de celle de société, car il est impossible de créer un corps pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles il est destiné. Ce pouvoir ne peut se traduire que sous la forme de lois qui seront édictées, et d'une sanction qui leur assurera l'obéissance à l'aide de la force matérielle : cette sanction sera la pénalité. Il ne suffirait pas à la société, pour assurer l'ordre, de repousser les attaques, dont elle peut être l'objet, au moment où elles se produisent : la mesure d'ordre qu'elle doit employer, doit être combinée,

nous l'avons dit, avec les moyens propres à hâter le développement des facultés humaines, or la défense ainsi comprise serait très onéreuse et très inefficace, le mal qu'aura causé l'attaque sera irréparable ; la défense ne pourra pas accourir assez vite : et sera trouvée en défaut par l'attaque préméditée : celui qui attaque à l'improviste a toujours un avantage sur celui qui est attaqué. D'ailleurs que de forces sociales employées en pure perte puisqu'une défense matérielle toujours prête exige des préparatifs très coûteux ! Il y a un autre moyen efficace pour compléter sa défense, et puisque cette défense est pour la société un devoir sacré, pourquoi ne l'emploierait-elle pas ? Ce moyen c'est la perspective d'un certain mal dont sont menacés ceux qui attaquent la société : la crainte des maux est pour l'homme un puissant mobile : celui qui ne retiendra ni le sentiment religieux ni le sentiment moral peut être retenu par la crainte du mal qui menace de le frapper : la nécessité de la pénalité est donc démontrée, si elle est nécessaire, elle est légitime : Il résulte de ce principe que le pouvoir social ne peut poser de commandements contraires à la loi morale ; car l'ordre social étant comme l'ordre moral une loi providentielle, il ne se peut pas qu'il y ait contradiction entre les lois de la Providence.

Nous trouvons l'application de ce principe dans les dispositions de la loi concernant la tentative ; en effet, la prime de l'impunité est accordée au désistement volontaire survenu après l'exécution commencée : le but de la loi, est, en arrêtant l'agent dans l'exécution par la promesse de l'impunité, d'éviter le désordre qui viendrait troubler la société : ainsi encore une résolution criminelle s'est manifestée par de simples paroles : si ces paroles ne constituent pas des menaces de mort, la loi, dans l'intérêt social s'abstient de punir, car il est à espérer que l'agent, sûr de l'impunité s'il s'en tient là, épargnera à

la société un trouble plus grand. L'ordre a été troublé davantage par une résolution criminelle, manifestée par des actes extérieurs, qui ne sont pas encore des actes d'exécution, la loi ne la soumet pas toutefois à une sanction pénale, toujours dans le but d'éviter un trouble plus grand. L'exécution est commencée ; un désordre social est produit ; la loi s'abstient encore si l'agent se désiste. De toutes ces considérations puisées au cœur même de notre sujet, ne ressort-il pas clairement que la loi ne se préoccupe, dans l'application de la répression pénale, que de la sauvegarde de l'ordre social ; elle punit lorsque l'ordre est troublé : toutefois si elle espère, qu'en ne punissant pas un commencement de désordre elle évitera un trouble plus dangereux pour la société, elle n'hésite pas à mettre le fait à l'abri de toute répression. Il serait dangereux de soutenir que cette théorie est en conformité avec toutes les dispositions du Code pénal ; ainsi dans l'article 2, la loi semble plus s'être préoccupée de l'idée de justice absolue, que de l'intérêt social, mais c'est une disposition spéciale dont l'importance, au point de vue doctrinal, ne doit pas être exagérée.

Après avoir ainsi posé les fondements de la loi pénale, le devoir du criminaliste est d'apprécier la valeur morale des actions punissables, et le degré de responsabilité qu'elles font peser sur leurs auteurs : il doit discerner les nuances multipliées de la criminalité, sonder les mystères de la volonté humaine, tracer la limite qui sépare la pensée criminelle du crime lui-même. Ainsi un crime a été commis : l'ordre a été troublé : la société réclame un châtiment : mais la criminalité a plusieurs degrés d'intensité : comment appliquer la peine dans une juste mesure ? Ne faut-il pas examiner si l'accusé n'a fait que préparer le crime, s'il s'est arrêté après les premiers actes d'exécution, s'il l'a consommé, s'il n'a été que complice, si son jeune âge ne l'empêchait de se rendre compte de l'immoralité de

son acte, si l'ivresse n'avait affaibli ou par alysé sa volonté? La loi doit prévoir toutes ces nuances et toutes ces modifications, ce sont ces divers degrés de culpabilité qui sont désignés sous le nom de tentative, complicité, excuses, faits justificatifs : nous ne nous occuperons ici que de la tentative.

Dans un premier chapitre, nous étudierons les éléments constitutifs de la tentative et les conditions auxquelles elle est punissable.

Dans un deuxième, nous examinerons en quelles matières elle tombe sous le coup de la loi.

Dans un troisième, nous verrons de quelle peine elle se trouve frappée dans notre Code pénal; à ce propos nous apprécierons au point de vue rationnel les dispositions de la loi, et nous les comparerons aux législations étrangères

CHAPITRE PREMIER

DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA TENTATIVE ET DES CONDITIONS AUXQUELLES ELLE EST PUNISSABLE.

Le plus souvent l'agent, avant d'accomplir un délit, suit une progression d'actes successifs qu'il est intéressant d'examiner ; de même que les fondements des édifices matériels échappent aux regards jusqu'à ce qu'on ait fouillé la terre, de même l'édifice du crime repose sur une base qu'il n'est possible de connaître qu'en creusant le sol de la pensée : nous partirons de la vie interne pour nous avancer vers la vie extérieure, et en scruter la marche jusqu'au dernier terme ; quelle longue route parcourue quelquefois en un instant par le coupable, mais à l'extrémité de laquelle il ne parvient souvent qu'au prix des plus émouvantes luttes, des plus habiles lenteurs, des sacrifices le plus chèrement achetés !

Il serait déraisonnable de vouloir parcourir avec lui les capricieuses involutions de sa volonté perverse, d'en faire une analyse exacte et complète : que de distance entre la première pensée d'une mauvaise action et son accomplissement entier ! Celui-là même dont l'âme est passée par tous ces degrés divers ne pourrait pas redire les étapes qu'a parcourues sa pensée depuis le moment où elle est née dans son esprit jusqu'à celui où, s'étant emparée de sa volonté, elle s'est manifestée par des actes extérieurs. Comment se rappeler, ou même dans le cas où la mémoire les aurait fidèlement conservés, comment retracer ces combats intimes, ces premières idées abandonnées,

puis reprises sous le stimulant de l'imagination qui vient les réveiller ?

Que de fois l'on s'arrête pour reprendre haleine en gravissant la pente escarpée qui mène au crime ! Car l'hésitation et le repentir cheminent à côté de l'homme dont le cœur médite un projet coupable, toujours prêts à retenir son bras s'il ouvre l'oreille à la voix de la conscience.

Aussi la loi ne peut pas, sans arbitraire, essayer de saisir toutes les nuances, et attacher à chacune une peine dont la gradation serait exactement correspondante à l'aggravation d'immoralité : mais le criminaliste et la loi pénale peuvent former de ces incidents de consciences des faisceaux, composer certaines catégories, les étudier sous diverses rubriques, les diviser en classes dont les unes seront exemptes de toute répression pénale, et les autres seront soumises à une peine. Tâchons donc de saisir la progression rationnelle des actes du coupable, notre regard attaché au sien, notre pas succédant à son pas, notre intelligence mesurant la portée et le but de la sienne.

Prenons un exemple : *Primus* : veut tuer quelqu'un ; il en conçoit d'abord l'idée ; son esprit y donne son adhésion, il médite, il délibère : il abandonne l'idée, il la reprend, il songe aux conséquences que pourra entraîner l'exécution de cet acte, la perte de l'honneur, de la liberté, la séparation de la famille, les pénibles travaux du bagne, les dangers d'une pareille expédition ; chacune de ces diverses considérations passera devant ses yeux ; enfin, sous l'empire d'une passion, sans cesse avivée, après les avoir toutes écartées, il finit par conquérir sa volonté, et s'assurer son concours, il a pris la résolution de commettre le crime : voilà la première étape qui comprend la pensée et la résolution du crime.

Il se procure ensuite les moyens d'exécuter son dessein :

il achète un fusil, des cartouches, il s'exerce au tir, il s'enquiert des habitudes de son ennemi ; toutefois le combat qui s'est livré dans son être moral n'est pas terminé. En se rapprochant du but, les voix salutaires de la conscience se feront entendre, mais de plus en plus faibles : cette série d'actes constitue les actes préparatoires.

Il s'embusque avec son fusil chargé dans un endroit obscur, et au moment où sa victime se présente, il la couche en joue et il va tirer : mais un passant l'aperçoit, lui arrache son fusil et l'empêche de mettre son projet à exécution, ou bien, au moment de réaliser son dessein, il est pris d'un remords, et il retire volontairement son fusil : c'est le commencement d'exécution ou la tentative.

Il n'est arrêté ni par un passant, ni par un remords ; il tire sur sa victime, il l'atteint, ou il la manque : c'est le délit achevé dans le premier cas : le deuxième cas rentre dans la tentative.

Nous connaissons à présent les différents termes de la progression dans la voie du délit, cherchons à quel moment la culpabilité a commencé : aux yeux de la loi morale, il y a certainement culpabilité dès la première phase, la pensée viole un principe inné qui défend d'attenter à la vie de son semblable ; mais on est d'accord pour décider que la pensée et la résolution doivent échapper aux atteintes de la loi sociale : « Tant qu'une pensée repose dans le sein de l'homme, « Dieu seul a le droit de lui en demander compte : ce n'est « que lorsqu'elle se produit au dehors, lorsqu'elle se manifeste par des actes extérieurs, qu'elle tombe sous la juridiction humaine : *cogitationis pœnam nemo patitur* (1), ainsi « les résolutions les plus perverses et les plus criminels projets

1. Ulpien. L. 18, Dig. de Pœnis.

« restent libres tant qu'ils ne sont que des résolutions et des pro-
« jets (1) ». Est-ce parce que la preuve du travail intellectuel interne est impossible à faire? Non : car parfois la pensée du délit est susceptible de constatation, elle peut être connue par suite d'aveux, communiquée à d'autres verbalement ou par écrit, révélée par des paroles prononcées pendant le sommeil : si dans tous ces cas, elle était punissable, le pouvoir serait conduit à rechercher les pensées intimes, et deviendrait tyrannique. Il est plus vrai de dire, que si la pensée n'est pas punie, c'est que, tant qu'elle reste à l'état de pensée et que l'homme n'en a pas poursuivi la réalisation, fût-elle consentie et caressée, elle rentre dans la souveraineté de l'homme sur lui-même, et ne saurait troubler assez la société pour réclamer une expiation sociale : car la force sociale, la pénalité ne sont légitimes que comme protection de l'ordre social au sein duquel l'humanité se meut et se développe ; on a voulu d'ailleurs éviter de placer par une rigueur excessive, celui qui a eu la pensée du crime, dans l'obligation d'exécuter pour sa sûreté, le crime qu'il a conçu : en le punissant pour rien, on l'engagerait à se faire punir pour quelque chose ; la société lui laisse ainsi le temps du remords, du repentir, du retour à l'honneur et à la vertu : elle peut tout au plus avoir recours à la police qui prendra les mesures nécessaires pour prévenir la réalisation de la pensée criminelle. Ce principe que la résolution criminelle, même lorsqu'elle est constatée, échappe à toute répression résulte dans notre droit positif de l'art. 2 du Code pénal qui punit la tentative, alors qu'elle est « manifestée par un commencement d'exécution ». Dans notre ancienne jurisprudence lorsqu'il s'agissait d'un crime de lèse-majesté au premier chef,

1. *Théorie du Code pénal*, Chauveau et Faustin-Hélie. 6^e édition, tome I, n^o 239.

la résolution et même la pensée du délit étaient, comme le crime, frappées de la peine de mort. « Lorsqu'il s'agit du « crime de lèse-majesté au premier chef, dit Jousse (1), on « punit de mort ceux qui ont eu la pensée de le commettre, si « cette pensée a été manifestée soit par témoins, soit par la « déclaration de celui qui l'a eue.

« Ainsi un gentilhomme malade à l'extrémité s'était confessé « d'avoir eu la pensée de tuer le roi (qui était Henri II), et le « confesseur en ayant donné avis au procureur général lorsque « ce gentilhomme fut revenu de cette maladie, il fut, sur cette « confession, condamné à avoir la tête tranchée aux Halles ; « ce qui fut exécuté.

« Bouchel, dans la *Bibliothèque du Droit français*, cite un « arrêt du 11 janvier 1595, par lequel un vicaire de Saint- « Nicolas-des-Champs fut condamné à être pendu pour avoir « dit qu'il se trouverait quelqu'un de bien, comme Frère Jacques Clément pour tuer Henri IV, ne fusse que lui. »

Aujourd'hui rien ne subsiste de cette iniquité : le principe de l'impunité est absolu. Il ne faudrait pas voir une exception dans les délits de presse : la loi de 1881, poursuit le journaliste qui dans sa feuille commet une offense envers le Chef de l'État ; d'où il résulte, pourrait-on, dire qu'on ne peut avoir de mauvaises pensées contre le Président de la République sans être poursuivi. L'objection n'est pas sans réponse : ce que le législateur a puni dans les délits de presse, ce n'est pas la pensée, mais la publicité donnée à cette pensée ; cette publicité peut être dangereuse pour la société. On peut évidemment penser autant de mal que l'on voudra du Chef de l'État ; mais dès que cette pensée sera formulée, elle sera passible d'une peine ;

1. *Justice criminelle* tome III, partie IV, titre XXVIII, art. IV-12, page 697.

la preuve que c'est la publicité qu'on poursuit, c'est qu'on incrimine le gérant comme auteur principal, et que le rédacteur n'est considéré que comme complice. En 1861, le duc de Broglie, dans un ouvrage, *Vues sur le gouvernement de la France*, se montrait fort dur pour le régime impérial. Le gouvernement, en ayant appris la composition, le fit saisir chez l'imprimeur qui devait le tirer à un petit nombre d'exemplaires lithographiés. L'auteur s'adressa au tribunal pour obtenir la restitution des volumes saisis : une poursuite fut intentée contre lui en police correctionnelle, puis promptement terminée par un arrêt de non-lieu ; le juge d'instruction, pour abandonner l'accusation, s'appuya sur ce motif juridique, que l'ouvrage n'ayant reçu aucune publicité ne saurait être incriminé (1).

On a cru trouver des exceptions dans les articles 305-308, 89, 265 et suivants du Code pénal, relatifs aux menaces, complot et associations de malfaiteurs. Ce que l'on punit dans la menace, a-t-on dit, c'est la manifestation de la résolution criminelle et sérieuse : c'est la résolution dont elle est la preuve : il en serait de même du complot, et de l'association de malfaiteurs. Si cette opinion était exacte, il faudrait expliquer le principe de l'impunité des actes internes par l'impossibilité où on est d'ordinaire de les connaître : or, nous avons déjà réfuté ce système. Si la menace est punie, c'est parce qu'elle est, par elle-même, un fait extérieur de nature à causer un trouble social, en portant atteinte à la tranquillité de celui contre qui elle est dirigée. Cela est si vrai, que la loi la punit sans qu'on ait à rechercher si l'auteur de la menace avait ou non l'intention de la mettre en exécution. Il n'en est pas autrement du complot que l'article 89, p. 2, punit de la déten-

1. Voir l'Avant-Propos, par Albert de Broglie.

tion, sans qu'il ait été suivi d'aucun « acte commis ou com-
« mencé pour en préparer l'exécution ». Le complot est plus
qu'une résolution, c'est une résolution arrêtée et concertée
entre plusieurs personnes : ce concert est un acte extérieur,
dangereux pour l'ordre social, et à ce titre justiciable du pou-
voir répressif comme la menace. C'est enfin en qualité d'acte
extérieur, alarmant pour la société, que le Code pénal punit,
dans les articles 265 et suivants, l'association de malfaiteurs
formée pour commettre des crimes et des délits envers les
personnes et les propriétés.

Il sera, je crois, intéressant de donner sur ce point quel-
ques brèves explications sur les dispositions de certains Codes
étrangers.

Le Code pénal russe est le seul parmi les Codes Euro-
péens qui punisse la simple résolution criminelle, lorsqu'elle
est constatée. « Quiconque manifeste de vive voix, par écrit,
« par un acte quel qu'il soit, l'intention de commettre un
« délit, est punissable pour cette intention coupable, du moins
« dans les cas prévus par la loi ». Cette décision du Code
russe est contraire aux principes rationnels du Code pénal.

Une loi Belge du 7 juillet 1875, à la suite de faits qui
auraient pu causer des conflits internationaux, a érigé en délit
la provocation à un crime passible de la peine de mort ou des
travaux forcés, l'offre de le commettre, et l'adhésion à une
proposition de cette nature.

Une loi allemande du 26 février 1876 punit ces mêmes faits
quel que soit le crime projeté. Les dispositions de ces deux
dernières lois sont plus facilement explicables : car elles
punissent des faits extérieurs que la société a le droit d'ériger
en délits, puisqu'ils sont de nature à troubler la sécurité publi-
que.

Dans le Code mexicain, celui qui a manifesté l'intention de

commettre un délit n'est pas puni, mais doit fournir une caution de *no offender* ; c'est-à-dire promettre de ne pas commettre ce délit sous peine d'une amende fixée par le juge et garantie par des valeurs suffisantes, ou une caution solvable.

En Angleterre, la législation punit non seulement ceux qui offrent ou proposent l'exécution d'un crime, mais ceux qui y excitent, y encouragent ; c'est ainsi qu'un acte du Parlement en date du 6 août 1861 dispose que « quiconque aura sollicité, « encouragé, persuadé ou tenté de persuader quelqu'un, ou « aura fait des propositions à quelqu'un à l'effet de tuer une « autre personne, sera coupable d'un délit ».

Les actes préparatoires de la violation de la loi sont l'acheminement vers l'infraction, mais ne sont pas l'infraction elle-même : ils ont pour objet de faciliter l'exécution, mais il ne la commencent pas. Comme la pensée et la résolution du crime, ils échappent à la pénalité, et cette exemption est parfaitement rationnelle. D'abord considérés en eux-mêmes ils n'ont pas de caractère bien marqué, sont équivoques, peuvent donner lieu à des interprétations différentes et contradictoires : Ainsi quelqu'un achète un fusil, des cartouches, est-ce pour attaquer ou pour se défendre ? Nul ne le sait. Il s'enquiert des habitudes de son ennemi ; mais c'est peut-être parce qu'il est un indiscret, et qu'il se mêle sans raison des affaires d'autrui. S'il s'exerce au tir, c'est qu'il est chasseur et qu'il désire abattre du gibier, ou que, il peut devenir soldat et qu'il désire atteindre son ennemi en temps de guerre : on le voit, ce ne serait que par une induction que rien ne légitimerait, au moyen de conjectures hasardées, qu'on pourrait, au moins, dans la plupart des cas, établir le rapport de ces actes à un fait ultérieur, qu'ils ne révèlent pas suffisamment par eux-mêmes. Ces considérations sont exactes, mais insuffisantes : supposons, en effet, un cas où les actes préparatoires

apparaissent d'eux-mêmes, par suite d'aveux ou d'autres circonstances, comme ayant dû servir à la perpétration d'un délit : dans cette hypothèse, on ne peut plus invoquer le caractère équivoque, et d'autre part la justice sociale pourrait les atteindre sans dépasser la mesure de sa puissance, sans empiéter sur le for intérieur de l'homme ? Quel est donc le motif de l'impunité ? C'est un motif d'intérêt social, une raison d'avantage : l'acte n'a pas encore produit de mal déterminé, il n'en produira que par suite d'une persistance de volonté chez l'agent dont la loi n'est certaine que par l'exécution du délit : on a pensé en outre que l'agent qui n'était qu'à la préparation du crime devait être encouragé par l'espérance de l'impunité, à se désister de son projet criminel la menace d'une peine, au contraire, aurait pour résultat, soit d'inspirer au malfaiteur une prudence qui rendrait inefficace l'action préventive de la police, soit de le précipiter vers l'exécution.

Ce principe reçoit une exception : l'article 89, al. 1, punit de la déportation le complot formé en vue de certains crimes contre la sûreté de l'État, lorsqu'il est suivi d'un acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution. Cette exception se justifie par le caractère spécial du complot : le complot est dangereux : il ne faut pas attendre pour le punir qu'il ait été exécuté, car s'il réussit aucune peine ne sera prononcée.

Il ne faudrait pas, par une confusion regrettable, considérer comme exceptions les dispositions de la loi concernant certains actes qui ont un double caractère : par eux-mêmes et à raison de leur gravité propre, ils sont des délits, et ils sont en outre de nature à préparer, faciliter ou occasionner des délits : ils sont punissables, mais comme délits particuliers, et non en qualité d'actes préparatoires, tels sont ; les faux en écriture publique ou privée (147 et 150), la fabrication des fausses monnaies (132-133) ; la fabrication, le délit ou le

port de certaines armes (314) ; la fabrication de fausses clefs (399).

Après ces faits extérieurs, qui ont le caractère d'actes préparatoires, se présente dans l'ordre logique des idées, le commencement d'exécution du délit. Le commencement d'exécution, c'est ici que se manifeste d'une manière certaine, la pensée du coupable : à ce moment, les actes ont une corrélation directe, immédiate, prochaine avec le crime : il n'est plus possible de douter du but que se propose le malfaiteur. Le commencement d'exécution qui est souvent dommageable, devient une action criminelle que le législateur devait prévoir et punir : il constitue la tentative du crime : ce mot dérive du mot *tentare*, s'efforcer ; fréquentatif de *tenere*, hâter, porter la main à plusieurs reprises : il indique un effort vers un but avec l'intention de l'atteindre (1) ; l'auteur de l'effort est déjà entré dans la voie du mal : il peut, encore, comme l'auteur de l'acte préparatoire, s'arrêter ; mais celui-ci n'avait qu'à ne pas commencer : quant à lui il faut qu'il cesse : la présomption du repentir est pour lui moins admissible : sa volonté criminelle a déjà eu une persévérance et une ténacité telles que la société a tout lieu de croire qu'il ne reculera pas devant la réalisation complète de son œuvre : il faut donc un acte de l'agent qui prouve l'abandon du but final. Jusqu'à présent, sa volonté avait été incertaine ; elle pouvait s'arrêter dans sa marche dans la voie du délit : si l'exécution est commencée, cette présomption cède à une autre présomption : c'est que l'agent l'eût

1. C'est aussi de là que vient le mot *attentat*, qui dans notre ancien droit était synonyme de tentative : depuis il a pris une signification de plus en plus restreinte, et ne s'applique qu'aux plus grands crimes, les seuls dans lesquels la tentative était punie comme le crime, les seuls partant où il fut inutile de distinguer le crime tenté du crime consommé.

achevée, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé : c'est sur cette présomption qu'est assise la peine :

Reportons-nous à l'exemple précité. Un malfaiteur veut tuer son ennemi : après avoir pris les précautions que nous avons énumérées, il s'embusque dans un endroit obscur : cet acte, nous le verrons, n'est que préparatoire ; il n'a pas encore de caractère bien précis : il peut se cacher pour des motifs divers, sans avoir une intention d'homicide : mais au passage de son ennemi, il le couche en joue, et met la main sur la gâchette ; cet acte présente avec la volonté de tuer, une relation étroite et manifeste : c'est un acte d'exécution. Maintenant plusieurs hypothèses peuvent se rencontrer.

D'abord il est possible que le crime s'accomplisse entièrement, que l'agent tue son adversaire : dans ce cas, aucune difficulté ne s'élève, on lui infligera la peine afférente au crime.

Mais il peut arriver aussi que le but ne soit pas atteint, que l'exécution du crime soit interrompue, ou que du moins elle ne produise pas l'effet que l'agent en attendait : ce résultat négatif peut-être dû à plusieurs causes : ainsi, au moment où il va presser la gâchette, sa conscience se réveille, un remords le saisit, peut-être a-t-il peur des châtimens qui l'attendent, ou remet-il son projet à un moment plus favorable ; quoi qu'il en soit, il renonce à son projet et ne tire pas : aux yeux de la loi morale, la culpabilité existe : elle n'est pas effacée, mais simplement atténuée. On comprendrait ainsi que la loi, tout en tenant un certain compte de cet heureux retour aux sentimens de l'honneur infligeât à l'agent un châtiment qu'elle crût devoir le punir de s'être avancé si loin dans la voie criminelle : toutefois l'impunité lui est assurée ; le désistement est hors de l'atteinte du pouvoir répressif : cela résulte clairement du texte de l'article 2 du Code Pénal : en effet, cet article exige comme condition essentielle pour que la tentative soit punis-

sable qu'elle n'ait été suspendue ou qu'elle n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté. N'est-il pas d'ailleurs de l'intérêt social de laisser ouverte derrière le malfaiteur la voie par laquelle il peut rétrograder, et d'encourager son retour au bien par la perspective de l'impunité ?

Du reste, cette tentative n'a pas produit le mal que l'auteur avait en vue, et même n'inspire pas beaucoup d'alarme : elle demeure inconnue des individus qu'elle menaçait : les officiers publics qui auraient à cœur de la révéler et de la poursuivre se livreraient à des recherches vexatoires ; « ils porteraient sans « motif suffisant pour un fait très peu dangereux le trouble au « sein de la paix, l'alarme où règne la sécurité (1) ».

Proclamer une sanction, tant que le forfait n'est pas perpétré, ce serait pousser au mal celui que le sentiment de son honneur est capable de retenir et de sauver : si l'on objecte que le repentir n'est pas toujours la cause déterminante du désistement volontaire, je répondrais que dans l'impossibilité de la connaître d'une façon précise, il n'en coûte rien, surtout lorsqu'on se trouve en présence de faits incomplets, d'une appréciation difficile, qui offrent des chances nombreuses d'inexactitude et d'erreur, d'attribuer l'abandon du crime à un sentiment d'honneur tardivement réveillé dans l'âme coupable, mais assez puissant pour arrêter le dernier acte d'un drame depuis longtemps commencé. Ce cas porte le nom de désistement volontaire, ou tentative nue.

Deux autres hypothèses peuvent se produire :

1° Le malfaiteur n'éprouve ni remords, ni crainte : il poursuit résolument son projet ; mais un passant l'aperçoit et le désarme avant qu'il ne puisse réaliser son projet : c'est le cas

1. Rossi. *Traité de droit Pénal*, tome II, p. 176.

de la tentative arrêtée, inachevée : il est prévu par ces mots de l'article 2 : « si elle n'a été suspendue ».

2° L'agent fait tout ce qu'il a à faire pour la perpétration du crime : mais par l'effet d'une circonstance imprévue, il n'atteint pas son but : il tire un coup de feu sur son ennemi, mais le choc de la balle est amorti par un livre ou par un autre objet qui se trouvait par hasard dans sa poche : c'est la tentative achevée ou le crime manqué : ce cas est prévu par ces mots de l'article 2 : « si elle n'a manqué son effet ».

Ces deux tentatives sont soumises à une peine : la loi en subordonne le châtement à la même condition, et cette condition, remplie, elle leur assigne le même degré de criminalité.

Résumons nos explications précédentes : nous avons distingué dans la perpétration d'un crime, quatre périodes passables ; la résolution, la préparation, le commencement d'exécution ou tentative, l'exécution. Cette dernière ne rentre pas dans le cadre de notre travail : nous n'en parlerons pas. En règle générale, les deux premières échappent à toute pénalité : Dans la troisième, la culpabilité commence : il importe donc d'indiquer d'une façon aussi précise que possible les caractères distinctifs des actes qui forment cette première étape de la culpabilité, et constituent la tentative : nous les trouverons dans l'analyse des articles 2 et 3 du Code Pénal ainsi conçus :

Article 2 : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée
« par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue,
« ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances
« indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée
« comme le crime même ».

Art. 3. « Les tentatives de délits ne sont considérées comme
« délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi ».

Il ressort de ces textes que, pour que la tentative soit punissable, deux conditions sont requises ; il faut :

1° Qu'il y ait eu un commencement d'exécution.

2° Que ce commencement d'exécution n'ait été suspendu ou n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

PREMIÈRE CONDITION.

Du commencement d'exécution.

On ne peut nier la difficulté extrême de signaler avec précision la limite qui sépare les préparatifs de ce qui est le commencement d'exécution : et toutefois la question est très importante, puisque de l'impunité, accordée aux actes préparatoires, on doit passer, sans transition, à la peine même du fait consommé : la loi n'a pas donné la solution du problème ; elle n'a défini ni l'acte préparatoire ni l'acte d'exécution. Le pouvait-elle ? Non : car cette question, nous le verrons dans le courant de notre étude, se présente sous un aspect différent relativement à chaque espèce de crime, et ne paraît même pas toujours susceptible d'une solution uniforme pour chaque crime d'une espèce déterminée : le droit criminel se trouve ici en face d'un problème concernant la liberté humaine, et par suite l'incommensurable variété qui en découle.

L'art. 2 du Code de 1810, emprunté à la loi du 22 prairial an IV, portait : « Toute tentative de crime qui aura été manœuvrée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution »... Il semblait en résulter que la tentative, pour être punissable, devait réunir séparément et cumulativement la double condition des actes extérieurs et du commencement d'exécution. Un arrêt de la cour de Toulouse du 1^{er} août 1825 (Sirey 1826-2-206) a consacré cette solution dans

l'espèce suivante : Dans la nuit du 31 mars ou 1^{er} avril 1825, une effraction fut faite au contrevent d'une croisée de la maison habitée par le sieur Solomiac : celui-ci éveillé par le bruit se leva, et aperçut deux individus dont l'un travaillait à l'effraction, et l'autre semblait surveiller. Il tira un coup de fusil ; les deux malfaiteurs furent mis en fuite : une poursuite fut dirigée contre eux, et ils furent mis en état de prévention pour tentative de vol avec effraction. La chambre des mises en accusation ordonna leur mise en liberté par un arrêt où l'on remarque les considérants suivants :

« Attendu qu'on ne voit pas que l'effraction faite au contre-
« vent de Solomiac puisse, tout à la fois, constituer les actes
« extérieurs et le commencement d'exécution voulus séparé-
« ment et cumulativement par l'article 2.... Que si cette effrac-
« tion est un acte extérieur..... On ne voit pas où peut être
« le commencement d'exécution »....

Cette solution manquait d'exactitude : sans doute les actes extérieurs ne suffisaient pas sans un commencement d'exécution ; mais lorsqu'il existait un commencement d'exécution manifeste, on ne pouvait admettre en outre la nécessité de l'existence distincte et cumulative d'actes extérieurs : le commencement d'exécution implique forcément qu'il y a eu un acte extérieur : Il avait été jugé en ce sens que le commencement d'exécution suffisait pour constituer la tentative : ains par un arrêt du 1^{er} juillet 1813, la chambre criminelle décidait que la déclaration, que la tentative avait été suivie d'un commencement d'exécution, emportait la déclaration, qu'elle avait été manifestée par des actes extérieurs. On y lit : « Attendu que
« les faits sont suffisamment déclarés, puisque la tentative a été
« suivie d'un commencement d'exécution, ce qui ne laisse pas de
« doute sur la manifestation de cette tentative par des actes ex-
« térieurs ». Dalloz. *Répertoire de législation* : Tentative, n° 86.

Le nouveau texte qui date de la révision du 28 avril 1832, a dissipé à ce sujet toute équivoque, en supprimant la mention des actes extérieurs ; mais s'est dispensé, comme nous l'avons déjà dit, de définir ce qu'il entend par le commencement d'exécution. Mais il est toujours permis d'essayer de tracer certaines règles dont on pourra tenir compte pour arriver à une saine application de la loi. Rossi, bien qu'il reconnaisse presque impossible de déterminer, par une loi et d'une manière générales, les caractères précis auxquels on pourra distinguer dans tous les cas le véritable commencement d'exécution du délit, semble vouloir essayer de poser un principe à ce sujet. Il dit : « Les préparatifs et le commencement d'exécution sont choses
« différentes de leur nature. L'auteur des préparatifs, s'il s'ar-
« rête, n'a rien fait encore de matériel et de direct contre le
« droit qu'il voulait attaquer. L'auteur de la tentative a com-
« mencé son attaque : celui-ci peut se repentir, se désister ;
« mais l'auteur des actes préparatoires a une bien autre lati-
« tude pour changer de volonté. Le premier peut se dire : Je
« veux cesser ; le second : Je ne veux pas commencer (1) ».

Ce passage est une analyse fine de la différence théorique qui distingue les actes préparatoires des actes d'exécution : mais il ne fournit aucun renseignement précis au magistrat et au juré, chargés d'appliquer la loi : l'éminent auteur n'indique pas le signe qui permettra de reconnaître le moment où l'agent pourra tenir ce langage, il suppose la question résolue, et raisonne comme s'il venait de donner la solution des difficultés qu'elle présente.

D'après Bertauld « tout acte extérieur, d'où résulte l'actua-
« lité du péril pour le droit auquel l'agent a la volonté d'atten-
« ter, est un commencement d'exécution de l'infraction (2) ».

1. Rossi, *Opus citatum*, p. 118.

2. *Cours de Code pénal*, 4^e édition, 10^e leçon, p. 213.

La règle posée ici par l'éminent criminaliste n'est pas acceptable : ainsi reportons-nous à l'exemple que nous avons choisi pour l'étude du développement psychologique de l'idée criminelle, un individu veut tuer son ennemi, et s'embusque dans un lieu où il doit passer : voilà un acte extérieur, et on ne saurait mettre en doute l'actualité du péril que court ce dernier à mesure qu'il s'approche; et toutefois, oserait-on soutenir qu'il y a eu tentative d'assassinat ?

D'après nous, on doit considérer comme simplement préparatoire tout acte équivoque, sans signification précise, qui n'indique pas d'une façon certaine le but que se propose l'agent : au contraire on devra décider que tout acte qui a un rapport immédiat et direct avec le crime qu'on veut commettre, constitue la tentative. L'acte préparatoire est en dehors de l'infraction, il n'en fait pas partie : l'acte d'exécution est le commencement de l'infraction, il en fait partie intégrante. Prenez dans son ensemble l'infraction que l'agent se proposait de commettre, et voyez si l'acte qu'il s'agit de qualifier peut en être détaché, l'infraction restant complète, si oui, ce n'est qu'un acte préparatoire : si non, c'est un acte d'exécution.

Passons en revue quelques hypothèses dont l'examen jettera la lumière dans la question.

Primus veut tuer quelqu'un et se met en embuscade : cet acte est équivoque et ne révèle en rien son intention : c'est pour des motifs divers qu'il peut avoir résolu de se transporter en cet endroit : au moment du passage de la personne attendue, il la couche en joue, mais il est empêché de tirer parce que son arme est retenue par un tiers : il y a tentative ; car cet acte a une relation directe avec l'accomplissement du crime, il ne peut s'interpréter autrement que par une pensée d'homicide : c'est un acte d'exécution.

D'après la Cour de Cassation, (arrêt du 17 décembre 1874,

Sirey, 75-1-385), le fait de jeter du poison dans les aliments est un commencement d'exécution. Je crois, d'après Bertauld (1) qu'il faut distinguer : J'admets la solution de l'arrêt si les aliments empoisonnés sont présentés ou au moins laissés à la disposition de la personne dont on veut la mort : Je ne l'admets pas si et tant qu'ils ne sont ni offerts à la victime, ni laissés à sa disposition : on ne peut pas dire en effet que le fait de jeter le poison dans les aliments fasse partie intégrante de l'attentat à la vie : c'est le cas d'un individu qui charge une arme pour tuer son ennemi ; or il paraît certain que le fait de charger l'arme à feu n'est qu'un acte préparatoire.

Le fait d'avoir, dans le but d'occasionner un incendie, disposé des matériaux combustibles dans la maison d'un tiers, de telle sorte que celui-ci dût nécessairement, à son insu, par un acte de pratique quotidienne, y mettre le feu, constitue un commencement d'exécution : car ici la relation directe des faits incriminés avec le crime d'incendie est évidente : l'agent pour arriver à la consommation de son projet n'a rien à ajouter aux dispositions déjà prises ; il y a pour ainsi dire main mise sur le crime.

Un individu résolu à commettre un vol dans une maison, inspecte les lieux ; achète une échelle et d'autres instruments propres à l'exécution de son idée ; il n'est pas encore coupable de tentative ; ces actes ne sont que préparatoires : ils ne font pas partie intégrante du vol qu'ils ne sont destinés qu'à faciliter : mais il s'introduit, sans escalade ni effraction dans la maison. Cet acte est-il un commencement d'exécution ?

Il a été jugé que ce fait, et même celui de s'être caché dans la maison, dans le but avoué de voler, ne constituait pas la tentative si au moment où l'agent a été surpris, il n'avait fait aucun acte directement relatif au vol : (23 février 1870. D. 71-2-227), même solution pour le fait de s'être introduit furtive-

1. *Cours de Code Pénal*, 3^e édition, p. 182.

ment dans la cour d'une maison, de s'y être caché dans l'intention d'y pénétrer plus tard s'il n'y avait eu ni acte de main mise sur des objets, ni fait matériel immédiatement prochain de cette main mise (21 juin 1871, Dalloz, 72-2-432). Ces décisions sont en opposition avec les conclusions auxquelles nous nous sommes arrêtés : l'acte qu'il s'agit ici de qualifier : l'introduction dans une maison habitée, dans le but non contesté de voler, ne peut être détaché de l'infraction que l'agent se proposait de commettre : il en fait partie intégrante ; sans lui, l'infraction non-seulement est incomplète, mais elle n'existe pas.

Il s'est élevé des difficultés pour la définition du véritable caractère de certains faits, tels que l'usage de fausses clefs, l'escalade, l'effraction : sont-ils préparatoires, sont-ils un commencement d'exécution ? Cette question divise la doctrine et la jurisprudence. Chauveau et Faustin-Hélie s'expriment ainsi à ce sujet : « Ces actes sont en dehors de l'action criminelle » ils la précèdent, la préparent mais ils ne la commencent pas. « Dans tous les cas comment soutenir que l'escalade, par exemple, est un commencement de vol ? cet acte ne peut-il pas avoir pour but la perpétration d'un tout autre crime, d'un rapt, d'un vol, d'un assassinat (1) » ?

D'après un auteur contemporain du Code pénal⁽²⁾ l'usage de fausses clefs l'escalade et l'effraction n'ont pas été rangés par le Code dans la catégorie des crimes ; le législateur ne les a considérés que comme pouvant en devenir des circonstances aggravantes et aucun article du Code ne punit les simples circonstances quelque graves qu'elles soient, lorsqu'elles ne se rattachent pas

1. *Théorie du Code Pénal*, 6^e édition, tome 1, p. 406.

2. Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*. 2^e édition, tome I, p. 17.

à un crime consommé ou tenté : d'où il suit que ces faits ne peuvent constituer par eux seuls une tentative punissable. On pourra bien supposer, ajoute-t-il, que l'intention de celui qui a usé de pareils moyens avait été de commettre un vol ou tout autre crime, mais le Code ne punit pas l'intention, lorsqu'elle ne se rattache pas à l'existence ou à la tentative d'un fait punissable.

Ainsi d'après ces auteurs, ces faits ne sont pas punissables, ils sont dangereux, mais impunis : le législateur aurait pu les réprimer comme le port d'armes prohibées, l'ouverture de maisons de jeu, mais à défaut d'une disposition spéciale, il semble difficile de confondre un acte préparatoire du délit, mais étranger au fait, avec le fait lui-même ; c'est comme si l'on punissait le port d'une arme secrète de la même façon que l'assassinat : l'escalade rapproche le voleur de la chose qu'il veut prendre, mais après l'escalade le vol n'est pas commencé.

Cette opinion soutenue encore par Morin (*Répertoire du droit criminel* : tentative; tome II, p. 749), a été consacrée par quelques arrêts de cour d'appel (1), et invoque en sa faveur les arrêts de la Cour de Cassation intervenue sur appel des deux premiers (2).

La solution que nous avons donnée à la question précédente, fait pressentir notre décision à ce sujet : j'estime que ces actes sont un commencement d'exécution, et partant tombent sous le coup de la loi : il faut supposer, bien entendu, que l'intention de vol est avouée : il s'agira, par exemple, d'un voleur de profession, déjà condamné pour vol, qu'aucun autre

1. Cours de Bordeaux, 27 juin 1825 ; Montpellier, 19 février 1852 (Sirey, 53-2-67).

2. 23 septembre 1825, S. 26-1-232, 4 octobre 1827, 28-1-120.

but que le vol ne pouvait conduire dans la maison : toutes les fois que rien ne révélera le but auquel tendent les circonstances que nous venons de rappeler, ou qu'il y aura incertitude sur leur but, ou que le but reconnu ne sera pas prévu par la loi pénale, il y aura évidemment impossibilité de voir en elles un commencement d'exécution ; il serait alors permis de regretter avec Carnot (*locus citatum*) que la loi n'ait pas fait de tels actes l'objet d'une incrimination spéciale : mais en l'absence d'une disposition expresse, on ne peut y voir la tentative d'un crime. Ces réserves faites, prenons le cas où le but constaté est le vol, je me demande ce qu'on pourrait exiger de plus pour constater la tentative : Il y a ordinairement dans chaque affaire des circonstances de moralité qui viennent se joindre au fait matériel et qui lui donnent une signification positive : nous concevions qu'on exigeât un acte quelconque, tel que le déplacement d'un objet, l'ouverture d'un meuble s'il y avait des raisons de douter du but que se proposait le prévenu ; nous ne le concevons pas lorsque les éléments de la cause se lient nécessairement au crime : le vol, l'escalade, l'effraction, l'usage de fausses clefs. On ne veut pas que ces faits puissent servir en même temps de circonstances aggravantes et de commencement d'exécution. Quelle est donc la raison qui s'y oppose ? L'escalade, l'effraction ne font-elles pas partie essentielle du crime ? Elles peuvent en être isolées, mais dès qu'elles y sont rattachées par des considérations morales qui en fixent invinciblement le caractère, dès qu'elles présentent le criminel à l'œuvre, comment douter que l'exécution du crime est consommée ? De ce qu'elles sont punies seulement à raison du lien qu'elles ont avec le délit, il n'en résulte nullement qu'elles ne peuvent être considérées comme les premiers actes d'exécution : c'est précisément parce que l'escalade et l'effraction sont les circonstances aggravantes du vol qu'il nous est

impossible de les considérer comme de simples actes préparatoires, d'admettre qu'elles ne fassent pas partie de l'acte incriminé, qu'elles ne soient pas un commencement d'exécution du vol avec escalade et effraction : l'objection n'aurait de valeur que si, dans l'espèce, on ne pouvait les rattacher à aucun délit, or nous avons supposé l'intention du vol constatée.

D'ailleurs, le voleur n'a-t-il pas à ce moment accompli le plus ardu de sa tâche : forcer un meuble, y saisir des valeurs ne sera pour lui qu'un jeu. Ajoutons que l'escalade notamment est, par elle-même, une entreprise qui trouble au plus haut degré l'ordre social en portant atteinte à la sécurité des particuliers : la loi admet que dans certains cas, le meurtre est permis pour la repousser (art. 329) : il serait donc dangereux de décider d'une manière absolue et dans tous les cas, que l'escalade, loin d'être un commencement d'exécution n'est qu'un acte préparatoire. Ortolan, qui refute, non sans ironie, le système contraire, dit : « Le voleur qui sait qu'une somme de
« billets de banque qu'il veut voler est enfermée quelque part
« dans un secrétaire, en un appartement, brise la porte de la
« chambre où se trouve le secrétaire : il brise la serrure du
« secrétaire, et trouve un tiroir fermé à secret : il brise la
« serrure de ce tiroir, et là, avant d'avoir mis la main sur les
« billets de banque, il est arrêté par quelqu'un qui survient ;
« il n'a commis encore que des effractions : dira-t-on qu'il n'a
« pas commis l'exécution du vol (1) ? »

Si ces actes n'étaient pas des actes d'exécution, dirons-nous avec le ministère public requérant, près la Cour de Cassation, qui examinait l'arrêt précisé de la cour de Bordeaux (1825), s'ils n'étaient que préparatoires, il faudrait qu'entre eux et le vol on pût par la pensée placer un fait intermédiaire qui serait le commencement d'exécution.

1. *Éléments de Droit pénal*, tome 1, n° 1013.

La première opinion invoque à tort en sa faveur la jurisprudence de la cour de cassation : car chaque fois que les pourvois formés contre les arrêts qui la consacraient ont été rejetés, c'est qu'elle y a vu une appréciation souveraine des faits qu'elle ne s'est pas reconnu le droit de réviser, quelle qu'erronnée qu'elle fût.

Voir en ce sens :

Bertauld. *Opus citatum*, p. 183.

Lainé. *Traité élémentaire de Droit criminel*, 1^{er} fascicule, p. 115.

Garraud. *Précis de droit criminel*, 3^e édition, p. 133.

La jurisprudence récente des cours d'appel consacre cette deuxième opinion, Lyon, 5 mars 1879. Paris, (Chambre des mises en accusation), 7 novembre 1876. Alger, 4 mars 1885.

Les pourvois contre ces arrêts ont été rejetés.

Ainsi nous ne trouvons dans la loi aucun signe qui permette de distinguer nettement et sans crainte d'erreur le commencement d'exécution ; ce silence du Code force l'interprète, le criminaliste à essayer de tracer quelques règles qui serviront à éclairer la religion de ceux qui sont chargés d'appliquer la loi. Examinons à présent à quelle juridiction appartient l'appréciation des faits : rentre-t-elle dans le domaine du juge du fait, et les décisions rendues par ce dernier échappent-elles au contrôle de la cour de cassation ?

La question ne se présente pas à l'occasion des arrêts des cours d'assises rendus à la suite de verdicts non motivés et souverains : car le jury est un appréciateur sans appel des faits qui lui ont été dénoncés : il ne doit rendre compte de sa réponse qu'à sa conscience : lorsqu'il a jugé qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas un commencement d'exécution, sa décision est définitive, irrévocable : la loi n'a donné à personne la mission de la contrôler et d'en blâmer les déductions : elle n'est susceptible

d'aucun recours : la cour de cassation ne peut la réformer sous aucun prétexte tiré du fond : elle ne peut juger ni si la réponse du jury est erronée, ni apprécier le degré des preuves sur lesquelles le jury s'est fondé. Mais la difficulté se présente pour les arrêts rendus par les chambres des mises en accusation, et les jugements des tribunaux de police correctionnelle : il appartient sans doute à ces juridictions de constater que l'agent a accompli tel acte, dans l'intention de commettre tel délit : mais peuvent-elles statuer d'une façon souveraine sur les déductions qu'elles tirent des faits constatés pour décider qu'il y a eu un commencement d'exécution ? Les décisions qu'elles prononcent à ce sujet ne sont-elles pas au contraire susceptibles de pourvoi comme renfermant une déduction juridique, et partant une question de droit ?

La doctrine et la jurisprudence sont divisées l'une et l'autre sur ce point.

La cour de Cassation, dans l'examen du pourvoi contre les arrêts de 1812 et 1813 précités, a évité de se prononcer : ces arrêts avaient refusé de voir dans les faits dénoncés les conditions élémentaires des caractères légaux de la tentative : si elle a rejeté le pourvoi formé contre eux par le ministère public, ce n'est pas qu'elle eût jugé que la loi avait laissé l'appréciation de ces faits aux magistrats chargés de prononcer la mise en accusation, mais elle s'est déterminée pour des raisons qui n'ont aucune relation avec la difficulté que nous examinons. Dans le premier cas, le pourvoi a été rejeté parce que les faits de l'instruction permettaient, dans l'espèce, de déclarer sans violation de la loi, qu'il n'y avait pas eu un commencement d'exécution ; dans le second, parce que l'arrêt, bien qu'il eût reconnu l'existence de faits matériels, de nature à caractériser la tentative, avait déclaré que l'intention du délit (vol) n'était pas suffisamment constatée, et que le fait (intro-

duction dans une maison) n'indiquait pas plutôt une tentative de vol qu'une tentative de tout autre crime.

Plus tard, elle s'était reconnu le droit de contrôle et de cassation. Voici l'espèce : Une femme s'était introduite, avec escalade et avec l'intention de voler, dans une maison habitée : elle avait ouvert une armoire où elle croyait trouver de l'argent. Mais pour des circonstances indépendantes de sa volonté, elle n'avait pas pu arriver à l'exécution de son projet : la Chambre des mises en accusation avait rendu un arrêt de non-lieu, sous prétexte que ces faits ne constituaient pas la tentative : la cour de Cassation sur pourvoi, par arrêt du 29 octobre 1813 (Dalloz. *Répertoire. Instruction criminelle*, n° 1066 note.) décida que ces faits avaient été faussement qualifiés et que l'article 2 avait été violé : elle cassa l'arrêt. Elle s'est ainsi reconnu le droit de réviser les décisions des chambres de mise en accusation, et de rechercher elle-même, si les faits, pris tels que celles-ci les avaient constatés, formaient ou ne formaient pas les caractères légaux de la tentative punissable.

Elle a inauguré une jurisprudence contraire par un arrêt du 11 juin 1818 : *Bulletin Criminel*, n° 77, et y avait persisté dans une foule de décisions dont la dernière date du 26 décembre 1846 (Dalloz, 1846-1-369). On y lit que la loi, en déterminant les circonstances légales de la tentative, s'est abstenue de déterminer en même temps les faits élémentaires constitutifs de ces circonstances ; que, dès lors c'est au juge du fait qu'il appartient de statuer souverainement sur les caractères de ces faits élémentaires reconnus par lui, et que son appréciation à cet égard, quelque erronée qu'elle puisse être, ne peut donner ouverture à cassation.

Depuis, elle est revenue à la théorie de l'arrêt de 1813, dans un arrêt du 14 octobre 1854 (*Bulletin Criminel*, n° 304) rendu sur appel d'un arrêt de la cour de Poitiers du 30 septembre

précédent, et dans un arrêt du 13 décembre 1861 (Dalloz, 61-1-1020), rendu sur appel d'un arrêt de la cour de Dijon du 27 juin précédent. Dans ces deux arrêts, la Cour de Cassation, reconnaissant évidemment aux juges du fait la souveraineté pour la constatation matérielle du fait, leur renie le droit de se prononcer d'une façon irréfragable sur leur qualification juridique : elle y déclare, contrairement aux arrêts qui lui sont soumis, que les circonstances dénoncées constituent la tentative, et que l'article 2 du Code pénal a été violé.

Même dissidence dans la doctrine : D'après une théorie, la loi n'ayant pas défini les faits matériels qui constituent le commencement d'exécution, l'appréciation de ces faits appartient aux juges, chargés de la mise en accusation, puisque cette appréciation ne peut jamais violer la loi (1).

Une décision concernant la tentative, dit-on, dans une deuxième opinion, contient deux appréciations : l'une porte sur l'existence physique, matérielle, brutale des faits : elle est faite souverainement par les juges chargés de la mise en accusation, et échappe au contrôle de la cour de Cassation. Lorsque les juges nieront, par exemple, l'existence des faits qui peuvent constituer la tentative, il ne sera pas permis à la cour suprême de se livrer à une nouvelle enquête, de rechercher si la déclaration est exacte. L'autre porte sur les conséquences légales des faits constatés : cette dernière est une solution de droit : la question n'est plus alors circonscrite dans les limites du fait, et rentre dans le domaine de la cour de Cassation. Si la loi n'a pas défini les actes d'exécution constitutifs de la tentative, elle exige des actes d'exécution : c'est la violer que de refuser ou attribuer à tort ce caractère aux faits de la cause ; or, la cour de Cassation satisfait aux règles de son institution en recher-

1. En ce sens ; Chauveau et Faustin-Hélie : *opus citatum*, n° 255.

chant si la loi a été convenablement appliquée. Nous nous rangeons sans hésitation à cette deuxième théorie.

DEUXIÈME CONDITION. — *Suspension ou inefficacité de la tentative par suite de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.*

Cette deuxième condition embrasse deux cas ; elle est remplie soit que la tentative n'ait été suspendue, soit qu'elle n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur : il suffit que l'un de ces faits coexiste avec le commencement d'exécution pour que la tentative soit établie : nous avons donné un exemple de chacun de ces deux cas de tentative.

Les expressions « ou si elle n'a manqué son effet » ne se trouvaient pas dans la loi du 24 prairial, an IV. Elles y furent insérées sur les observations de la commission de législation du corps législatif du 29 décembre 1809. « Un individu, partant de ces observations, a prémédité d'en tuer un autre ; il lui tire un coup de pistolet et le manque, il y a exécution, mais l'effet n'a pas lieu : peut-on regarder ce cas comme compris dans l'article 2 du Code, relatif à la tentative ? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé, quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet après un degré d'exécution beaucoup plus complet. Au reste quand on regarderait l'insertion proposée comme surabondante, il suffit qu'elle puisse lever quelquefois des doutes dans l'esprit des jurés ou des juges pour penser qu'on croie utile de l'adopter. Cette addition consisterait à mettre après les mots ; si elle n'a été suspendue, ceux-ci ou si

elle, n'a manqué son effet (1) ». Dans la séance du 18 janvier 1810, le Conseil d'État adopte cette addition.

En distinguant comme le faisait la commission, le délit manqué du délit tenté dont la tentative a été suspendue, il fallait ne pas les confondre dans la disposition d'un même article et sous l'expression commune de tentative. Du moment où l'agent n'a pas accompli le but final, que son œuvre ait été interrompue ou qu'elle ait reçu son complément, l'article 2 voit là une tentative : ce sont deux délits imparfaits, tel est leur caractère commun, mais leur imperfection ne tient pas à la même cause, c'est en quoi ils diffèrent. L'exemple cité au début de ce chapitre suffit à faire comprendre notre pensée, il serait aisé d'en citer un grand nombre d'autres. Dans le premier cas, celui où le bras du malfaiteur est désarmé par un passant, la consommation du crime pouvait être arrêtée par l'auteur de la tentative, une circonstance imprévue est venue en empêcher la réalisation, mais le remords ne pouvait-il pas faire entendre sa voix ? Tant que le crime n'est pas perpétré, la réflexion, le retour aux bons sentiments, le repentir sont possibles : il peut exister un abîme entre un crime sur le point d'être commis et un crime consommé ! Le coupable ne pouvait-il pas, bien qu'il eût préparé avec sang-froid tout ce qui devait faciliter le succès de son projet criminel, voir son audace disparaître au moment où elle lui était le plus nécessaire ? L'homme le plus pervers, le plus endurci, ne peut-il pas être glacé de terreur au moment de l'exécution ? La conscience humaine présente parfois les phénomènes les plus inexplicables.

Dans le deuxième cas, celui où le malfaiteur a tiré le coup de feu sans atteindre son ennemi, il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour commettre le crime, il a cru même le con-

1. Locré, tome 30, p. 447.

sommer ; il ne s'est arrêté qu'après le dernier acte qui devait en assurer l'exécution : ses espérances ont été déçues, ses projets déjoués, mais sa volonté a persévéré jusqu'à la fin.

Malgré ces caractères qui distinguent nettement ce deuxième cas du premier pour le rapprocher du crime consommé, la loi l'assimile à la tentative ; pour elle, il n'y a de consommation que lorsque le crime est parfait *objective*. Cette assimilation constitue une confusion regrettable, et est manifestement contraire aux déductions de l'analyse psychologique. Quoiqu'il en soit, la loi est formelle, et la controverse sur ce point n'est pas possible : la discussion ne sort pas des limites de la pure théorie.

La loi n'a pas indiqué à quels signes on reconnaîtra qu'une tentative n'a été suspendue, ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur : l'opinion que nous avons émise sur le point de savoir, et à quelle juridiction incombait le soin de cette appréciation, et si cette décision tombait sous le contrôle de la cour de Cassation trouve ici sa place, et peut être étayée par les mêmes arguments. Nous ne les produirons pas. Disons seulement que la question de savoir si la non-consommation du crime résulte de la spontanéité de l'agent ou de la force des circonstances, présentera les plus grandes difficultés, c'est un problème psychologique de la plus haute gravité. Il faut être très large en général, nous l'avons déjà dit, pour l'admission du désistement volontaire, la justice ne doit pas demander compte à l'agent du motif, qu'il soit inspiré par le retour aux saines notions morales, par le cri de la conscience, par de viles considérations, nous estimons, à condition qu'il soit volontaire, qu'il faut le regarder comme une renonciation personnelle devant laquelle doit s'arrêter la loi. La pensée de l'article 2 est un peu difficile à saisir quand il s'agit du crime manqué par la volonté de

son auteur, puisqu'il est achevé quant à lui ? N'y a-t-il pas contradiction ? Tâchons de donner quelques éclaircissements sur ce point.

Parmi les faits que la loi soumet à une répression, les uns sont punis pour eux-mêmes, dès qu'ils ont vu le jour ; leur auteur, en les exécutant, poursuivait certainement un but, il en attendait des conséquences qui seraient préjudiciables à la société. La loi, pour punir, ne se préoccupe pas de la question de savoir si le résultat a été obtenu : elle frappe dès que le fait existe. Ainsi, pour que le crime de faux soit établi, il n'est pas nécessaire que le préjudice ait été causé, il suffit que le préjudice ait été possible : ce qui le prouve d'une façon péremptoire, c'est que la loi ne subordonne pas la criminalité du faux à l'usage qui peut en être fait : le faux est punissable dans le cas même où il n'a pas été employé : d'où la conséquence irréfragable qu'il existe en l'absence de tout préjudice effectif pourvu qu'il ait pu être la cause d'un dommage. On ne peut donc pas considérer le faux dont on n'a pas fait usage, comme une tentative ayant manqué son effet : c'est un crime consommé.

Il y en a d'autres pour lesquels la loi s'occupe du résultat ; elle exige, pour qu'ils soient incriminés, pour qu'ils renferment les éléments constitutifs de la consommation, que l'effet immédiat ait été produit : dans ce cas, l'action exécutée dans le but de réaliser ce but ne formera qu'une tentative chaque fois que l'effet n'aura pas été produit : le méfait n'aura pas été manqué, et l'article 2 pourra trouver son application. Ainsi le meurtre est un crime qui n'est consommé que par la mort, volontairement donnée à la victime : celui qui voulait tuer, a tiré un coup sur son ennemi : mais la mort n'en est pas résultée : c'est une tentative qui a manqué son effet : la loi ordonne de rechercher la cause de cet heureux dénouement, et promet

l'impunité à l'agent, s'il est prouvé que c'est par sa propre volonté que le crime n'a pas reçu sa complète exécution. Si, après avoir porté un ou plusieurs coups à la victime, il s'est enfui, l'a laissée sans secours, mais que, elle ait été recueillie ensuite par un passant et ramenée à la vie par les secours de l'art, le crime n'aura manqué son coup que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, et la tentative sera considérée comme le crime même : mais si, au contraire, sous l'empire du repentir ou d'un sentiment quelconque l'agent a pansé le blessé, s'il lui a procuré des soins, et a écarté de lui tout danger, la tentative aura manqué son effet par un effet de sa volonté : elle sera un fait impuni. La société a un intérêt supérieur à éviter le mal définitif qui produirait un plus grand trouble : elle y associe l'agent du délit ; et s'il empêche la consommation du délit, elle l'en récompense en ne le punissant pas. Toutefois, il reste bien entendu que si un autre délit que le délit poursuivi par l'agent, tel que celui de coups et blessures, se trouve consommé, l'agent en portera la peine.

La question ne se présente pas toujours avec des éléments d'une aussi grande simplicité : il sera souvent très difficile de distinguer le méfait manqué par la volonté de son auteur du crime consommé que le délinquant aura réparé, ce sont deux situations très voisines, presque semblables, n'ayant ni l'une ni l'autre des caractères spécialement déterminés par la loi.

Ainsi en cas d'empoisonnement, l'agent, après avoir fait prendre la substance vénéneuse, en paralyse les effets en administrant un antidote : le délit est-il consommé, ou est-ce une tentative achevée, un crime manqué qui n'a pas produit son effet par la volonté de son auteur ? En droit rationnel, on devrait, ce me semble, décider qu'il y a ici un méfait manqué, car la consommation du crime ne devrait consister que dans la mort : l'empoisonnement est un véritable assassinat : les moyens d'exé-

cution diffèrent, mais, le but est le même, et les deux actions sont empreintes d'une égale criminalité. Le Code de 1791 disait en ce sens que l'empoisonnement est « un homicide commis volontairement à l'aide de substances vénéneuses ». L'article 301 du Code actuel donne de ce crime une notion plus large : « C'est un attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que les substances aient été employées, ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites ». Il résulte de là que le crime est consommé dès que la substance vénéneuse est prise, l'action est entièrement exécutée : il n'y a pas seulement tentative; le désistement volontaire ne peut plus avoir d'effets aux yeux de la loi : car il ne saurait plus arrêter un acte qui se trouve pleinement accompli. Le repentir de l'agent, les actes auxquels il se livrera pour arracher sa victime à la mort seront sans doute des circonstances atténuantes de son crime, mais le retour aux sentiments de l'honneur sera trop tardif pour modifier les caractères de l'incrimination. Monseignat, dans son rapport au corps législatif (Loire tome 30, p. 501) professe l'avis contraire, il y dit d'une façon très précise que toutes les fois que l'empoisonneur aura volontairement et librement prévenu l'effet du poison, la société se félicitera de ne voir ni condamné ni victime. Il appuie son interprétation sur les termes du Code pénal du 25 septembre, 6 octobre 91) dont le projet devait reproduire la doctrine; mais le rapporteur commettait une erreur matérielle : le Code de 1791 n'accordait pas une rémission de peine à l'empoisonneur qui arrêterait ou préviendrait volontairement les effets du poison absorbé, mais il n'assurait l'impunité que si, avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages eut été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime soit en supprimant les aliments ou

breuvages, soit en empêchant qu'on en fit usage ; il n'y avait alors qu'une tentative. Il se base en outre sur le principe général de l'article 2 : mais c'est à tort, car cet article n'a trait qu'à la tentative or, lorsque la substance vénéneuse a été absorbée il est impossible, en présence des termes si clairs et si positifs de l'article 301, de ne pas décider que le délit est consommé : nous en déduirons que le désistement qui se traduit dans l'espèce par l'administration d'un antidote, ne pourra faire bénéficier l'agent de l'impunité.

En matière de vol, une fois la soustraction frauduleuse consommée, le repentir du voleur et la restitution qu'il ferait de son propre mouvement de la chose volée, suffiraient-ils pour le mettre à l'abri des peines ? Il semblerait raisonnable de décider, surtout si le malfaiteur revient sur ses pas quand personne ne connaît encore le méfait, qu'aucune peine ne sera infligée : car la société a intérêt, pour la sauvegarde de l'ordre public, à provoquer par la promesse de l'impunité la réparation du vol : mais l'article 379 s'oppose à cette interprétation : on est forcé de reconnaître, d'après le terme de la loi que la simple appréhension d'un objet appartenant à autrui dans l'intention de se l'approprier constitue une soustraction frauduleuse consommée et non une simple tentative : la qualification légale de ce fait ne change point par la restitution de l'objet ; cette circonstance étant propre seulement à motiver une atténuation de peine (10 juin, 1842, L. 42-1-853). La restitution éteindrait l'action civile qui n'aurait plus alors de raison d'être à moins que le vol n'eût causé quelque préjudice distinct de la privation elle-même de la chose, mais elle laisserait subsister l'action publique qui est indépendante de l'action et des intérêts des parties.

En ce qui concerne le crime d'incendie, l'article 434 considère comme incendiaire celui qui a mis le feu volontairement.

En résultera-t-il que l'incendie sera consommé dès que le feu est mis à l'objet que l'agent veut incendier ? Est-ce que le repentir qui le portera à éteindre aussitôt après, par sa propre volonté, serait trop tardif ? On peut le dire en se fondant sur une interprétation stricte des termes de la loi, et soutenir que le fait seul de mettre le feu volontairement renferme les éléments constitutifs de la consommation du crime : dans ce cas, le repentir ne pourrait pas entraîner l'impunité, en transformant un méfait consommé en tentative. Toutefois, la majorité des auteurs adoptent l'opinion contraire : d'après eux, il semble résulter de l'ensemble des dispositions de la loi, de l'expression « préjudice », plusieurs fois répétée dans le texte, qu'il n'y a d'incendie consommé, que si le feu a causé un dommage sérieux : avant, le repentir sera assez prompt pour mériter l'impunité. En ce sens (21 août 1845. D. 45-5-502).

De l'étude de ces espèces, il résulte qu'il est difficile de trouver des exemples précis, indiscutables, sanctionnés formellement par la loi, de tentative ayant manqué son effet par la volonté de son auteur : l'article 2 pose un principe général devant s'appliquer à tous les délits : mais les rédacteurs du Code en ont rendu l'application presque impossible par la notion qu'ils donnent des éléments constitutifs de la consommation de chaque délit en particulier, ce résultat bizarre tient à mon avis au fait suivant : Les auteurs du Code, après avoir décidé que la tentative serait punie comme le crime même, jugèrent bon de soumettre le crime manqué à la même peine : aussi ils considèrent comme une deuxième espèce de tentative, et le firent rentrer pour une disposition spéciale dans le texte de l'article 2, par l'intercalation de ces mots : si elle n'a manqué son effet : leur principal, et peut-être leur seul but, était d'assimiler ces deux situations au point de vue répressif ; ne pourrait-on pas en conclure qu'ils les ont soumises, d'une

façon tout-à-fait secondaire, aux mêmes conditions, en ce qui concerne le désistement volontaire ?

Il y a des cas où le désistement est manifestement déterminé par un motif autre que le repentir : s'il s'agit d'un fait qui entrave absolument l'action de l'agent, nous avons un crime tenté ; si ce fait, sans être un obstacle insurmontable à l'exécution, a influencé l'agent, et l'a déterminé à abandonner son projet, que faut-il décider ? Dans ce concours de l'événement accidentel et du retrait de l'intention, est-ce la circonstance nouvelle qui force l'agent à abandonner son dessein, ou est-ce à l'occasion de cette circonstance qu'il y a renoncé par suite d'un effort de volonté, d'une direction nouvelle donnée à ses idées ? Cette question, par l'étude qu'elle comporte, nous entraînerait dans les profondeurs de la psychologie. Au juge du fait appartiendra la mission de mesurer l'influence plus ou moins forte, subie par la volonté : il devra examiner les faits, peser les circonstances, prendre connaissance, avec un soin scrupuleux, de tous les détails propres à éclairer sa religion, et suivre, pour rendre une décision, les inspirations de sa conscience. Certains auteurs résolvent la difficulté par une distinction : Il n'est pas nécessaire d'après eux que le désistement de l'agent soit spontané, en ce sens qu'il est encore méritoire, alors même qu'il s'est produit à la vue d'un fait, indifférent d'ailleurs à la marche du crime, pour la consommation duquel il n'est pas un obstacle : mais si la volonté du renonçant n'a pas été libre, si le désistement doit être forcément attribué à une cause capable, dans les mêmes circonstances, de faire reculer tout homme doué d'une énergie commune, si le défaut de désistement eût mis en danger la vie de l'agent, ou, à son escient l'eût livré inévitablement aux mains de la justice, le désistement ne saurait profiter à l'auteur du méfait. En un mot, toutes les fois que la renonciation a une cause mixte, il y a dé-

sistement méritoire, s'il découle principalement de la volonté qui chez un homme ordinaire, eût pu persévérer, et il y a désistement non méritoire, ou obstacle fortuit indépendant de la volonté de l'agent, si c'est à l'accident imprévu qu'on doit nécessairement attribuer la défaite d'une volonté arrêtée comme malgré elle. Celui qui retient son bras, subitement touché par les supplications de la victime, n'a pas commis la tentative punissable, car l'événement imprévu n'a été que l'occasion de la renonciation, et tout criminel aurait pu persévérer. Mais la tentative sera consommée par celui qui, à l'instant où il présente à la victime un breuvage empoisonné, écarte la coupe sous la menace formelle, proférée par un tiers à son oreille, que la justice va être appelée pour le saisir : l'événement imprévu a été ici la cause dominatrice de la renonciation ; il n'y aurait pas un homme doué d'une énergie commune qui ne reculât. Cette distinction, qui peut parfois avoir quelque valeur ne saurait fournir un *criterium* certain, infaillible, s'appliquant à tous les cas. Comment le juge appréciera-t-il la moyenne de l'énergie humaine, comment la fixera-t-il ? Il ne connaîtra jamais ces détails infiniment petits, qui dans un moment aussi grave peuvent prendre aux yeux de l'agent les proportions d'une impossibilité : il ne lit pas dans l'âme de l'accusé ; peut-être était-il dans une de ces heures d'acharnement, de surexcitation que la préparation et l'exécution d'un acte délictueux déterminent souvent chez l'agent.

Pour apprécier le caractère volontaire ou forcé du désistement, la difficulté peut venir notamment encore d'un autre côté. Le fait seul d'une suspension dans l'exécution du crime n'est pas le signe de l'abandon du projet. Qu'un individu, pendant qu'il commet le vol, entende du bruit près de la chambre où il se trouve ; que pris de terreur il interrompe ses actes pour se cacher, peut-on dire qu'il s'est désisté et qu'il

n'y a pas de tentative punissable ? Tel n'est pas notre avis ; car alors même qu'il a cru à une intervention sans motif aucun, que le bruit qu'il s'est figuré entendre était purement imaginaire, il est arrivé une circonstance indépendante de sa volonté, qui, vraie ou fausse, l'a conduit à suspendre l'exécution de son crime ; l'article 2 recevra donc son application. Après la suspension, peu importe que l'agent cherche, ou à continuer son exécution ou à fuir ; car la cause fortuite de la suspension a constitué la tentative légale, abstraction faite de tout retour ultérieur vers le bien, ou de toute persévérance vers le mal.

Faisons remarquer, en terminant, l'étude de cette deuxième condition, qu'elle ne sera légalement établie que dans le cas où il sera reconnu que la tentative *n'a* été suspendue ou *n'a* manqué son effet, *que* par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ; son existence ne serait pas régulièrement démontrée s'il était seulement déclaré que la tentative, manifestée par un commencement d'exécution, a manqué son effet ou a été suspendue par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Il y a une grande différence entre ces deux formules : suivant l'une, l'inexécution du crime n'est due qu'à des circonstances indépendantes de la volonté de l'accusé, qui a persisté autant qu'il a pu dans son projet criminel ; suivant l'autre, au contraire, la tentative peut avoir été suspendue ou avoir manqué son effet tout à la fois par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, et par des circonstances dépendantes de la volonté de celui-ci. Comme en matière criminelle, le doute doit toujours s'interpréter en faveur de l'accusé, la tentative cessera dans ce second cas d'être punissable, puisque la formule permet de supposer que l'inexécution du crime peut être due, au moins en partie, à la volonté de l'accusé.

Ajoutons que les questions posées au jury, en matière criminelle, doivent énoncer les éléments caractéristiques de la tentative. En effet, la peine ne peut être légalement appliquée à la tentative qu'autant qu'elle présente les caractères exigés par la loi. Il est donc nécessaire que l'on sache par la réponse du jury, si, en reconnaissant l'accusé coupable de tentative de tel ou tel crime, il a donné à ce mot tentative la définition légale, et si dès lors il a constaté l'existence des faits dont la réunion constitue la tentative ; sans cela, l'accusé pourrait être déclaré coupable d'une tentative, mais qui, n'étant pas celle du Code pénal, ne serait, dans la vérité, rien autre chose qu'une intention, un projet dont la répression n'appartient point à la justice sociale. Ainsi on doit demander au jury, non pas s'il y a eu tentative, mais s'il y a eu commencement d'exécution de tel crime, et si cette exécution n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Ces expressions qui énoncent les circonstances élémentaires de la tentative punissable, le commencement d'exécution, et la suspension involontaire ne sauraient être remplacés par des termes équivalents, car s'il en était autrement, comment reconnaître que ces expressions ont identiquement la valeur des termes de la loi ? Quelle interprétation serait assez infaillible pour en être assurée ? Comment asseoir une peine sur une interprétation ? La jurisprudence a confirmé à plusieurs reprises ces solutions.

Jusqu'ici nous avons examiné les cas où l'agent n'est pas arrivé à son but, soit parce qu'il s'était désisté, soit parce qu'un obstacle imprévu, indépendant de sa volonté, avait rendu ses efforts inutiles, et réduit à néant sa conception criminelle : mais il peut arriver aussi que la tentative se produise dans des circonstances telles qu'elle ne puisse avoir aucun résultat : ce cas ressemble à la tentative achevée, ou délit manqué, en ce

que le résultat n'a pas été atteint, bien que l'agent ait accompli tout ce qui était en son pouvoir pour arriver à ses fins, aussi pourrait-on dire en ce sens que le délit a été manqué, et ne l'a été que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur : de même, il se rapprochera de la tentative inachevée, ou suspendue, si l'on suppose des actes suspendus avant l'exécution, mais il diffère de ces deux cas déjà examinés, en ce que le résultat voulu ne pouvait pas être atteint : c'est le délit impossible. Cette théorie est une des plus délicates du droit criminel, et en même temps des plus graves, puisqu'il s'agit de savoir si l'on doit appliquer à la tentative la peine du crime ou la laisser complètement impunie : elle a provoqué de la part de la jurisprudence des décisions contradictoires, et suscité des divergences dans la doctrine. Si nous soumettons à l'analyse les diverses hypothèses dans lesquelles la question peut se présenter, nous remarquerons que l'impossibilité de commettre telle infraction résulte, soit de l'objet même de l'infraction, soit des moyens employés, pour la commettre, et qu'elle peut être dans l'un et l'autre cas, tantôt absolue, tantôt relative.

L'impossibilité qui tient à l'objet du délit est absolue lorsque l'objet n'existe pas ou n'a pas la qualité essentielle pour l'existence du délit.

Ainsi Primus a résolu de tuer une personne : à cet effet, il s'introduit la nuit dans sa chambre à coucher, il s'approche de son lit, sans lumière et il frappe ; mais une heure auparavant, cette personne était morte subitement dans son lit d'une attaque d'apoplexie : il n'a donc frappé qu'un cadavre.

Ou bien il a un oncle qui est parti pour faire un voyage : en son absence, il s'introduit dans sa maison et y soustrait des valeurs, mais bientôt on apprend qu'au moment où la soustraction a été commise, cet oncle était mort : or, Primus est

son-seul héritier, par conséquent ce qu'il a soustrait lui appartient déjà.

Ou bien il tire dans l'obscurité sur un objet qu'il prend pour son ennemi ; cet homme ne se trouvait pas sur les lieux : il n'a visé et atteint qu'un tronc d'arbre.

En vue d'un avortement quelqu'un des moyens indiqués par l'article 317 du Code pénal a été pratiqué, mais envers une femme qui n'était pas enceinte ; la grossesse n'existant pas, l'avortement ne pouvait pas se produire.

Tous ces exemples nous révèlent une impossibilité radicale, absolue pour qui que ce soit, et par quelque moyen que ce soit, il ne saurait y avoir homicide d'un mort ou d'un tronc d'arbre, vol d'une chose qui est à soi, avortement d'une femme qui n'est pas enceinte.

L'impossibilité est relative si l'objet du délit existe réellement, mais s'il n'existe pas ou n'existe plus là où l'agent croyait le trouver.

Un individu tire un coup de feu sur une chambre où dans sa pensée se trouve la personne qu'il veut tuer : celle-ci s'y tient habituellement en effet, mais par hasard elle est absente en ce moment. L'impossibilité ici n'est que relative, car l'ennemi ne se trouvait pas dans sa chambre au moment de l'entreprise, mais il y était ordinairement à cette heure ; et s'il y eût été, il se serait trouvé exposé à la mort : donc, s'il pouvait s'y trouver, il pouvait être tué.

Un malfaiteur s'introduit dans une église, et dans le but de commettre un vol, fracture une de ces petites cassettes, communément appelées troncs ; mais le tronc se trouve vide.

Ortolan cite un autre cas qu'il qualifie drôlatique et dont d'ailleurs, il ne garantit pas la réalité. Il raconte le fait de la manière suivante : « Un soir à la nuit tombante, dans les environs de Lyon, se présente devant une auberge, demandant à y

être reçu, un conducteur d'ours. Pour l'homme, on aurait bien quelque place, mais pour l'ours, dont les gens de l'auberge ne laissent pas que d'être effrayés, il n'y en a point. Enfin, sur les instances du conducteur, voici l'expédient que trouve l'aubergiste, il y a un porc destiné à être tué le lendemain ; ce porc sera extrait de sa loge, casé pour la nuit dans la cour, et l'ours ira prendre sa place, bien enchaîné dans la loge à porc. Ainsi, fut-il fait : mais voilà que bien avant dans la nuit, des cris, des appels au secours, mêlés à des hurlements partis de la loge, mettent tout le monde en sursaut. Armes, lumières en main, on accourt, et l'on trouve étreint fortement dans les pattes de l'ours, un homme : c'était un maître larron qui, voulant profiter de la nuit noire, et du dernier moment pour enlever le porc qu'il savait à point, se sentant tout à coup saisi et presque étouffé en de grands bras velus et secoué comme par le diable criait miséricorde tant qu'il pouvait (1) ».

L'impossibilité qui tient aux moyens est absolue, lorsque par exemple :

(a) Dans le dessein de commettre un meurtre, un individu s'arme d'un fusil qu'il sait chargé d'avance, vise son ennemi, fait partir la gâchette, mais n'obtient aucun résultat, parce que son fusil avait été déchargé à son insu.

(b) Une personne achète des substances vénéneuses dont elle veut se servir pour commettre un empoisonnement, mais au lieu de ce qu'elle demande, on lui donne, par erreur ou avec intention, d'autres substances qui ont la même apparence, mais sont inoffensives : elle les verse dans un breuvage, et l'effet attendu ne se produit pas.

L'impossibilité sera relative si les moyens employés sont de nature à réaliser l'infraction, et devaient produire ce résultat

1. *Droit pénal*, tome I, n° 1002.

dans des circonstances ordinaires : ainsi l'agent a tiré à une trop forte distance pour que le coup pût porter ; il ne savait pas manier les armes qu'il devait employer.

Nous ne trouvons dans la loi aucune disposition précise, prévoyant ces divers cas : nous ne nous sommes donc pas, en nous livrant à cette analyse, appuyé sur des textes ; c'est aux lumières seules de la raison que nous avons eu recours, par conséquent, pour savoir si ces diverses catégories que nous avons passées en revue, et qui comprennent, je crois, tous les cas de délits impossibles tombent sous le coup de la loi pénale, nous devons examiner s'il est possible de leur appliquer les dispositions répressives de l'article 2 ; c'est là que réside la difficulté : c'est là le point sur lequel les divergences ont lieu.

D'après une opinion, la société ne doit laisser aucun de ces faits impunis. Pourquoi faire deux classes de criminels, et les distinguer en criminels heureux et criminels infortunés ? N'y a-t-il pas un péril social à laisser ouvertes toutes les routes de la vie civile à un homme qui frappe d'un coup de poignard un cadavre lorsqu'il le croyait vivant, à un empoisonneur qui n'a pu réaliser son but, parce que le pharmacien l'aura mal servi ? en quoi est-il plus coupable, celui qui n'aura pas été ainsi favorisé par un inexplicable bienfait du hasard ? On rencontre dans toutes ces hypothèses les éléments du fait punissable : le sujet, le moyen et l'objet. L'agent a voulu le crime, son intention est indiscutable ; il l'a voulu énergiquement, sans faiblesse, et il a fait tout ce qui dépendait de lui pour réaliser sa volonté ; le moyen était, dans son intime conviction, capable de produire l'effet attendu ; l'objet destiné à subir son atteinte existait ou du moins l'agent était convaincu de son existence ; or quant à l'homme connaissance et existence sont synonymes ; une chose n'existe relativement à lui que parce qu'il la connaît ; la mort de la victime, l'inefficacité du moyen n'existent

pas pour l'homicide, pour l'empoisonneur puisqu'il les ignore ; en ce qui concerne l'agent, le méfait est complet : d'ailleurs, lorsque l'élément matériel est seul, il motive une peine quelque légère qu'elle soit bien qu'il n'y ait pas la moindre trace d'intention mauvaise ; la loi ne punit-elle pas les blessures, les incendies par imprudence ? Pourquoi ne pas appliquer les mêmes dispositions répressives, lorsque l'élément moral quoique seul, est établi d'une façon certaine et est accompagné dans la pensée de l'agent de l'élément matériel ? Toute doctrine en vertu de laquelle on ne pourra pas atteindre ces faits, est inadmissible parce qu'elle blesse la raison et la conscience.

Pour donner une force nouvelle à ces considérations tirées de l'ordre moral et philosophique, on essaye de les étayer de l'article 2, les cas de délit impossible peuvent rentrer dans le délit manqué. Toute impossibilité, en effet, provient toujours en quelque chose du fait de l'agent, de sa maladresse ou de son ignorance : un meurtrier qui frappe un cadavre il croyait frapper un homme vivant ; il n'a pas pu réaliser son crime à cause de sa lenteur ; s'il avait été plus prompt ou plus habile, il serait arrivé à ses fins : son fait entre donc pour une large mesure dans l'impossibilité du résultat, il n'en serait autrement que dans le cas où la pensée du crime ne serait née qu'après la mort de la victime. Un homme tire avec une arme déchargée à son insu, ses efforts seront nécessairement impuissants ; mais la négligence du coupable qui n'a pas vérifié l'état du fusil n'entre-t-elle pas pour quelque chose dans l'impossibilité du crime ? Tel autre tire des coups de fusil dans un endroit où il croit sa victime présente ; il s'est trompé, il a mal calculé son coup il y a eu de sa part négligence ou ignorance : c'est sur lui seul qu'on doit faire tomber la responsabilité de ce mécompte. Ainsi ce qu'on appelle impossibilité, n'est qu'erreur dans l'esprit de l'agent et cela ne diminue en rien sa culpabilité ;

le crime n'est pas impossible il n'a été que manqué : l'article 2 est donc ici applicable.

D'après une autre opinion, les conclusions extrêmes de la première théorie sont inadmissibles : une distinction doit être faite entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative, l'une est impunie ; l'autre doit tomber sous le coup de la loi pénale parce que l'agent, dans ce dernier cas n'a été arrêté dans l'accomplissement de son dessein criminel que par des circonstances fortuites, indépendantes de sa volonté : ainsi si la chambre dans laquelle le malfaiteur a tiré, si le tronc des pauvres se trouvaient vides au moment de l'entreprise délictueuse, ce ne sont là que des circonstances étrangères à la volonté de l'agent qui se proposait bien de commettre un meurtre et un vol : fait extraordinaire dont on ne saurait le faire bénéficier. C'est par suite de cet accident heureux que le délit a été manqué ; les conditions de la tentative punissables se trouvent suffisamment établies. De plus, le trouble social, base du droit de punir, existe dans notre hypothèse ; la société court un danger ; le coupable qui tente un crime relativement impossible pourra renouveler ses efforts d'abord infructueux, et unissant dans un lien moral des essais successifs, il rendra possible ce qui ne l'était pas. La cour de Cassation a consacré cette distinction par un arrêt célèbre du 12 avril 1877 (Dalloz, 78-1-33.) ; en se ralliant à ce système, elle paraît vouloir agir préventivement sur les malfaiteurs et les intimider. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, le voleur, si les faits qui rentrent dans les cas de l'impossibilité relative quant à l'objet restent impunis, se dira : ou il n'y a rien dans le tronc, et alors je n'aurai pas de profit, mais je ne serai pas puni : ou il y a quelque chose, et alors je serai puni, mais du moins j'aurai réalisé un bénéfice. Dans le système de la jurisprudence, il se dira : ou il n'y a rien et je serai néan-

moins puni ; *a fortiori* si j'y trouve quelque chose. Il hésitera avant de commettre son méfait, et peut-être se résoudra-t-il à ne pas agir : car s'il ne trouve rien, il sera châtié sans le moindre profit.

Ces deux opinions ne me semblent pas acceptables ; sans doute il répugne à la morale aussi bien qu'à la conscience que des faits de la nature de ceux que l'on examine ici, et qui sont évidemment empreints, d'un haut degré de perversité, puissent échapper à toute pénalité ; mais pour soumettre un fait aux dispositions répressives du Code pénal, le criminaliste, les juges doivent-ils se demander si la morale a été outragée, ou bien si la loi a été violée. Est-ce la conscience ou un texte de la loi qui doit déclarer les faits punissables ? Or la loi pénale n'a pas la prétention d'atteindre tout ce qui est immoral et pervers ; elle ne punit que les actes criminels, le crime accompli ou tenté et non la pensée et la résolution du crime, il s'agit donc de savoir si l'on peut voir un crime accompli ou tenté dans un acte qui ne peut se produire soit par l'impossibilité absolue ou relative tenant de l'objet, soit par l'impossibilité absolue tenant aux moyens employés ?

« Puisque la tentative est un commencement d'exécution, dit Rossi, il ne saurait y avoir tentative, lorsqu'on se propose de faire l'impossible ou lorsqu'on se propose le possible par des moyens absolument impossibles hors de proportion avec le but.

On ne peut commencer que ce qui est possible ; car l'idée de commencement suppose la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée du moyen (1) ». Ce n'est donc que par un étrange abus de mots qu'on peut qualifier ces faits de tentatives : De plus on peut faire remarquer

1. Rossi. *op. cit.* tome II, p. 310.

que la tentative à sa dernière période, conduite jusqu'au bout, implique l'idée que l'effet des actes accomplis par l'agent a été manqué ; mais l'idée qu'un effet a été manqué suppose nécessairement qu'il y a eu chance que cet effet fut produit : or si l'effet était impossible, comment dire qu'il a été manqué ? — Ajoutons que les procès-verbaux des discussions dans les travaux préparatoires, ne prouvent en rien que dans la pensée des rédacteurs du Code, ces faits devaient être compris dans l'art. 2 : on ne pourrait pas invoquer pour le soutenir l'intercalation des mots : ou n'a manqué son effet, qui ne se trouvant pas dans la définition de la tentative donnée par la loi du 22 préréal an IV ; car d'abord le rapporteur de la commission, en proposant cette addition en a parfaitement indiqué le but par l'exemple qu'il a donné (nous l'avons reproduit dans le cours de notre travail) ; et qui est tout à fait étranger aux hypothèses du délit impossible ; et puis il s'agit de pénalité, ne doit pas adopter le sens le plus doux.

Au point de vue juridique, la distinction de la cour de Cassation ne me semble pas rationnelle : sans doute, il est permis à l'analyse de diviser les cas d'impossibilité en diverses classes ; mais en droit, l'impossibilité est une : elle n'admet pas de degrés, elle est ou elle n'est pas : on ne peut pas dire que la réalisation d'un but chimérique sera plus ou moins impossible, ne sera-t-il pas aussi impossible de tuer un homme en tirant dans une chambre où il n'est pas que de tuer un cadavre ? N'est-il pas aussi impossible de voler en fracturant un tronc vide que d'empoisonner quelqu'un en lui présentant des substances inoffensives ? Mais, dit-on, le tronc était garni habituellement, la personne que l'on voulait tuer occupait habituellement la chambre dans laquelle le coup de feu a été tiré ; sans doute cette distinction satisfait l'esprit, on trouve en morale une plus grande culpabilité dans ces cas, mais ce raisonnement

vient se heurter à un texte irréductible ; il sera toujours vrai de dire qu'on ne peut pas commencer à exécuter un crime qui, eu égard aux circonstances, quelles qu'elles soient et d'où qu'elles proviennent, est inexécutable. La théorie de la cour de Cassation peut paraître, au point de vue moral comme une éclatante manifestation des doctrines spiritualistes, mais en se plaçant sur le terrain de la criminalité légale, on ne peut s'empêcher de décider qu'elle contient une inexacte application de la loi ; et qu'on ne vienne pas arguer du danger que fait courir à la société la conduite de l'argent ; elle est suffisamment protégée par les lois de la nature ainsi que le dit Ortolan ; le péril est trop éloigné pour que l'ordre social réclame la punition d'un acte évidemment blâmable au point de vue de la moralité, mais nécessairement impuissant contre l'état naturel des choses.

Pour nous, nous ne considérons comme punissables que les faits que nous avons qualifiés d'impossibles, relativement aux moyens employés : car dans ces hypothèses, si l'effet n'est pas produit, cela n'est pas dû à une inefficacité essentielle des moyens dont se sert l'agent : le mauvais emploi d'un instrument, l'inhabilité, l'inexpérience, toutes ces circonstances étrangères aux qualités substantielles de l'acte n'empêchent ni la tentative ni le méfait manqué d'être punissables, une extrême difficulté, une invraisemblance très prononcée n'affranchissent pas de la responsabilité pénale : en pareil cas, il y a un fait extérieur, un fait d'exécution dangereuse dans son principe ; dont les conséquences périlleuses ont été paralysées, mais indépendamment de la volonté de l'agent : là où je n'ai pas réussi, un autre pourra dans les mêmes circonstances atteindre le but criminel : à l'élément de l'intention mauvaise, constitutive de la culpabilité criminelle se joint aussi l'élément matériel, indispensable pour faire naître le danger à défaut duquel il ne peut pas y avoir de criminalité légale : nous restons, dans

cette conclusion, fidèle au principe sur lequel nous avons établi le droit de punir : le but de la loi pénale est de maintenir l'ordre en réprimant les actes qui font courir un danger à la société : or ici le moyen employé par l'agent était par sa nature capable de produire l'effet attendu : le péril existe, et la loi, le droit et le devoir de rassurer la société alarmée.

Nous avons ainsi terminé l'étude des conditions de la tentative punissable ; il nous reste à faire observer qu'il appartiendra aux jurés, aux tribunaux correctionnels et aux chambres des mises en accusation d'apprécier en fait si le délit a été ou non possible : mais de même que pour le délit tenté et le délit manqué, les décisions de ces deux dernières juridictions tomberont sous le contrôle de la cour de Cassation : car il s'agit de savoir s'il y a eu un commencement d'exécution conforme à celui qu'exige l'article 2.

CHAPITRE II

DANS QUELLES MATIÈRES LA TENTATIVE EST-ELLE PUNISSABLE?

De la combinaison des articles 2 et 3, il résulte que la loi sur ce point n'établit pas une règle unique : elle distingue suivant que la tentative a été commise en matière de crime ou en matière de délits, ou en matière de contravention. Dans le premier cas, la tentative est toujours punie, dans le deuxième cas, elle jouit du bénéfice de l'impunité, sauf dans certains cas limitativement déterminés par des textes ; dans le troisième, elle ne tombe jamais sous le coup d'une répression. Il est facile de justifier ces distinctions : elles reposent sur cette idée que la loi ne doit atteindre que les infractions graves : elle ne doit punir que dans les limites de la nécessité sociale, lorsque l'ordre est troublé suffisamment pour que les investigations de la justice, la procédure de l'instruction ne causent pas un trouble plus grand que la faute qu'il s'agit de réprimer : c'est ce qui arriverait pour la plupart des délits et pour toutes les contraventions, « la tentative du délit, disait d'Haubersart dans le rapport qu'il fit à la séance du 12 février 1810, n'appelle pas la même rigueur que la tentative du crime : ses résultats sont moins graves : le délit ne suppose pas toujours la corruption ». Le besoin de rassurer la société alarmée ne se fait donc pas sentir aussi impérieusement que lorsqu'il s'agit de crime, et il est d'une bonne politique de ne pas trop multiplier les peines ; de plus, on fit remarquer que les tentatives de délits ne se révélaient pas d'ordinaire par des caractères

assez marqués pour qu'il fut possible de les saisir avec certitude et de les soumettre à une répression : cette raison n'était pas tout à fait exacte : en effet, comme dans notre législation pénale, la distinction légale entre les crimes et les délits est puisée dans la nature et la gravité de la peine, et non dans la nature des faits, il y a des délits qui peuvent apparaître avec tout le cortège des actes de préparation que l'on remarque pour les crimes. Néanmoins la première raison subsiste, et la loi a agi sagement en ne punissant les tentatives de délit que dans certains cas déterminés.

Quant aux contraventions, la tentative n'est jamais punissable, d'abord elles ne sont pas dangereuses pour l'ordre social : de plus, ce sont des faits matériels punis sans que la loi recherche si elles ont été commises avec ou sans intention : il était donc naturel d'en négliger la tentative et de ne s'occuper que des faits accomplis.

SECTION I

De la tentative des crimes.

Dans notre ancien droit, les criminalistes avaient divisé les crimes en crimes atroces et crimes légers ; pour les uns, c'est-à-dire pour les crimes de lèse-majesté au premier chef, l'assassinat, le parricide, l'empoisonnement, une disposition spéciale législative en réprimait la tentative : l'ordonnance de 1670, titre XVI, art. IX, défendait de donner des lettres d'abolition à ceux qui à prix d'argent ou autrement, se louent ou s'engagent pour tuer, outrager, excéder, ou recouvre des mains de la justice les prisonniers pour crimes, ni à ceux qui les auront loués ou induits pour ce fait, encore qu'il n'y ait eu que la seule machination ou attentat, et que l'effet n'en soit pas suivi.

Pour les crimes de la deuxième catégorie, ils punissaient la tentative, mais en la soumettant à une répression moins sévère.

Le Code pénal du 25 septembre 1791 ne punissait que les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement : il s'écarta de l'ancienne jurisprudence en laissant impunies toutes les autres tentatives ; mais la sûreté publique réclamait un complément de législation sur ce point : la lacune fut comblée par la loi du 22 prairial an IV, qui vint atteindre les tentatives de tous les crimes : son texte passa avec une légère modification dans le Code de 1810, et a été maintenu en 1832 avec un changement de rédaction sans importance.

L'article 2, pose un principe général qui s'applique, tant aux tentatives de crimes prévus par le Code pénal qu'à celles des crimes prévus par des lois spéciales ; il s'est élevé à ce sujet à une certaine époque une difficulté concernant les crimes militaires. L'article 5, du Code pénal, porte que les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes militaires ; or, avant la promulgation du Code de justice militaire du 9 juin, 4 août 1857, comme la législation militaire alors en vigueur ne contenait aucune disposition relative à la tentative des crimes ou délits militaires, il s'était élevé la question de savoir si en vertu de l'article 4 précité la tentative de ces crimes devait rester impunie ; la Cour de cassation s'était prononcée pour l'affirmative par un arrêt du 13 novembre 1852 (Dalloz, 1852-1-332), et en présence du texte si positif de l'article 5, il était difficile de contester l'exactitude juridique d'une pareille jurisprudence. La question ne peut plus s'élever aujourd'hui : l'article 202 du nouveau Code de justice militaire de 1857 et l'article 260 des 4-13 juin 1858 pour l'armée de mer, disposent en effet d'une façon expresse que les articles 2 et 3

du Code pénal sont applicables devant les tribunaux militaires, sauf les dérogations établies par les susdits Codes.

A cette règle de l'article 2, qui est générale, il y a des exceptions.

Première exception. — Elle est consacrée expressément par l'article 317 relatif à l'avortement. Il est ainsi conçu :

« Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion.

La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à ce sujet, si l'avortement s'en est suivi.

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés aux travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ».

L'interprétation de cet article est la source d'une dissidence persistante entre la doctrine et la jurisprudence : la loi établit une exception, mais on ne s'entend pas sur l'étendue qu'on doit lui reconnaître. Un point universellement reconnu, et qui n'a jamais été l'objet d'une controverse, est le suivant : c'est qu'on ne peut frapper d'aucune répression la femme, à raison de la simple tentative d'avortement, exercée sur elle-même : le § 2 de l'article 317 s'exprime clairement à ce sujet : cette exception se justifie par les considérations suivantes que nous empruntons à de Vasson (1). « La santé des femmes, dit-il, est exposée par les accidents et les caprices de la gestation, à des périls qui pourraient trop légèrement faire accuser leur innocence.

1. *Revue critique*, 1859, p. 168, tome XV.

La loi a dû s'arrêter devant les ténèbres où la médecine elle-même est souvent impuissante à porter la lumière. Il est des mystères qui doivent être respectés, même au prix de l'impunité, car on ne pourrait les toucher d'une main sûre, et les intérêts de la morale elle-même parlent plus haut que ceux de la vindicte publique, en faveur de cette immunité nécessaire accordée à la femme par la décence et l'humanité de nos lois ».

Ici finit l'accord ; la jurisprudence prétend que l'exception ne doit pas être étendue hors de ce cas : la doctrine est d'avis qu'il faut la considérer comme absolue, et que la tentative non suivie d'avortement se trouve exclue de l'incrimination.

D'après la cour de Cassation, la première disposition de l'article 317, qui vise toute personne, n'apporte pas de dérogation à l'article 2 ; car l'article 2 étant conçu en termes généraux, ne peut être restreint que dans les cas et pour les crimes à l'égard desquels la loi a exclu son application, soit en termes formels, soit par des dispositions inconciliables avec son application : or il n'y a pas dans le Code un article qui affranchit de la pénalité la tentative d'avortement : l'expression procurer l'avortement qui se trouve dans l'article 317, ne signifie pas nécessairement l'accomplir : elle peut signifier aussi en procurer les moyens, en commettre la tentative ; dans le doute, on doit se reporter aux principes généraux, à la règle de l'article 2. D'ailleurs, de ce que la loi est muette sur la tentative d'avortement dans le premier paragraphe de l'article 317, on n'a le droit d'en tirer aucune conclusion juridique ; ce procédé est celui que nous trouvons dans le Code pour tous les crimes dont il s'occupe : ainsi les dispositions qui s'occupent du meurtre, de l'assassinat, de l'empoisonnement, du parricide, de l'infanticide, du viol, de l'incendie, etc. ne prévoient que le crime lui-même, et ne font pas la moindre allusion à la tentative ; et

cependant oserait-on soutenir que la tentative de ces crimes est à l'abri de toute répression? Le Code a, par un principe général, placé au frontispice des lois pénales, soumis la tentative à une peine : il ne s'en est plus occupé à propos de chaque crime : ce qui est vrai pour tous les crimes, n'aurait donc plus la même valeur lorsqu'il s'agit de l'avortement !

Quant au deuxième alinéa, relatif à la femme, il modifie en termes exprès la loi générale, et rend l'article 2 inapplicable.

Le troisième, ayant trait aux membres du corps médical, prononce contre eux une aggravation, lorsqu'ils ont coopéré à un avortement qui effectivement a eu lieu ; mais si leurs efforts n'ont pas été couronnés de succès, ils restent dans la classe commune de ceux qui tentent de procurer l'avortement, et sont punis en vertu du premier alinéa : on ne peut pas d'ailleurs invoquer en leur faveur les motifs d'indulgence qui existent pour la femme : le soin d'échapper au déshonneur.

Blanche est le seul auteur qui se soit rallié à la jurisprudence de la cour de Cassation : il l'admet sans réserves, et regarde la tentative d'avortement répressible à l'égal de l'avortement accompli quand elle est commise par un tiers dont le rôle n'a pas été celui de complice.

D'après tous les autres auteurs, cette jurisprudence est établie au mépris de la volonté formelle du législateur, et heurte les principes du droit pénal. Ils se fondent d'abord, sur les travaux préparatoires dont l'examen conduit à des conclusions tout opposées à celles qui ont été admises pour la Cour suprême.

Dans le cours de la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, plusieurs opinions se firent jour : on fit remarquer que l'article 317 était insuffisant puisqu'il laissait la tentative en dehors de ses prévisions : on répondit que l'article 2 était applicable en cette matière, et venait par conséquent combler la lacune : certains

demandèrent que l'exception dont on favorisait la femme fût généralisée : la discussion fut close sur une observation de Berlier, concluant formellement à ce que, dans l'intérêt public, on ne poursuivît que les auteurs de l'avortement consommé.

La commission du Corps législatif avait proposé d'ajouter à la fin de chacun des alinéas de l'article 317, une disposition n'apportant à la tentative qu'une peine de six mois à deux ans de prison : le conseil d'État vota sur cet amendement et le rejeta.

Enfin le rapporteur au corps législatif s'est exprimé d'une façon si formelle qu'il est impossible d'éprouver le moindre doute sur l'interprétation que doit recevoir l'article 317. « Il est disait-il, un attentat des plus graves, et *pour lequel les rédacteurs de la loi n'ont pas cru devoir punir la seule tentative de le commettre*, c'est l'avortement.

On peut facilement trouver des motifs légitimes et sérieux pour corroborer cette théorie ; le système de la cour de Cassation aurait pour but d'exposer à chaque instant les femmes les moins coupables à des recherches et à des poursuites flétrissantes pour elles et leurs familles : car lorsque l'avortement a été affectué, et qu'il existe un fait matériel, il est déjà difficile d'en constater les causes, lorsque la tentative est restée sans résultats, le législateur a pensé qu'il serait à peu près impossible de discerner exactement ce qui dans l'emploi des remèdes, des médicaments avait été administré dans l'intention de procurer un avortement, et ce qui l'avait été dans un but utile, dans une vue bienfaisante, de distinguer si la tentative avait manqué son effet par une mauvaise et fausse administration des médicaments indépendant de la volonté de la femme et de son complice, ou par la volonté même de ceux-ci. Sa poursuite dans ce cas de tentative offrait donc à la méprise et à l'erreur un trop vaste champ pour que le législateur pût l'au-

toriser ; il n'a pas voulu que l'honneur des familles, d'une femme, des citoyens, put dépendre de vagues indices, de preuves incertaines et souvent insaisissables. Le but que s'est proposé le législateur en punissant l'avortement a été de protéger l'enfant conçu et destiné à vivre, sans toutefois porter atteinte aux intérêts non moins sacrés que ceux de l'enfant lui-même à savoir la pudeur de la mère, fille ou femme, l'honneur de la famille entière ; or lorsque l'enfant n'a pas succombé aux manœuvres dirigées contre lui, pourquoi avoir recours à une inquisition judiciaire et rétrospective ? On protège la mère lorsque l'avortement n'a pas eu lieu ; la loi n'a pas voulu alors qu'on procédât à des investigations sur elle : et il n'aurait pas reculé devant ce scandale quand il se produira en Cour d'assises dans le *débat* qui aura trait à la tentative imputée à une autre personne, et spécialement ces considérations ont une valeur particulière quand il s'agit du médecin : une profession comme celle du médecin qui donne à l'*homme* qui l'exerce, accès dans toutes les maisons, les familiarise dans toutes les intimités de la famille, de la vie privée, devrait-elle être exposée par des soupçons criminels, alors qu'on ne se trouverait pas en présence de faits consommés, matériels, indiscutables ? Ces raisons n'ont pas dû passer inaperçues par le législateur ; elles doivent avoir un grand poids sur l'esprit des hommes appelés à interpréter la loi.

Après avoir déclaré passible d'une peine la tentative commise par les personnes comprises dans le paragraphe premier de l'article 317, la cour ne pouvait pas admettre que la tentative commise par les hommes de l'art restât impunie : mais le troisième paragraphe exigeant en termes formels, que l'avortement ait eu lieu, qu'il ait été consommé, pour que la peine des travaux forcés soit prononcée contre eux, elle les a rangés pour le cas de tentative de leur part dans la classe commune

de ceux qui tentent de procurer l'avortement et les a soumis à la même peine, de la réclusion ; ainsi l'homme de l'art puni plus sévèrement à cause de sa qualité qu'un simple particulier dans le cas où l'avortement s'est accompli, se trouve assimilé à tout autre citoyen dans le cas de simple tentative : il eût été difficile à la cour de justifier cette différence, qu'elle se borne à énoncer : car l'homme de l'art qui pourrait être convaincu d'avoir abusé de sa position, de ses connaissances médicales pour tenter de commettre un avortement qui ne se serait point accompli par des circonstances indépendantes de sa volonté, serait évidemment aussi coupable que celui par les mains duquel l'avortement aurait été effectué : je dirai même plus coupable, car il fait un abus criminel de sa profession et de sa science, abus qui proclame un danger de plus dans le crime. et révèle un degré de perversité plus élevé : les motifs qui ont déterminé le législateur à prononcer contre le médecin une aggravation de peine dans le cas d'avortement consommé, sont donc aussi puissants lorsqu'il ne s'agit que d'une simple tentative. De plus, cette interprétation est tout à fait contraire aux termes de l'article 2 du Code pénal, qui veut que la tentative, dans le cas où elle donne lieu à répression, soit soumise à la même peine que le crime même : ces décisions sont donc contraires d'abord à la volonté de la loi, en cela d'accord avec la morale publique, et puis au principe inflexible de l'assimilation de la tentative au crime consommé.

Il serait possible d'opposer au système de la jurisprudence le texte même de l'article 317, et de prouver que le législateur, par les expressions qu'il a employées, a manifesté hautement son intention d'exclure la tentative de l'incrimination : mais nous préférons passer sous silence cet argument que développent tous les auteurs pour nous consacrer à l'exposé d'un argument de principe capital qui vient saper par la base la

décision de la cour suprême : elle arrive en effet d'une façon indirecte à violer les articles 59 et 60, relatifs à la complicité.

La coopération à un acte incriminé prend incontestablement des caractères différents suivant les circonstances qui la constituent ; elle devient plus ou moins directe, selon qu'elle participe, ou aux faits qui préparent et facilitent le crime, les délits, ou à ceux qui en forment la consommation. Dans le premier cas, les personnes qui ont pris part à l'entreprise criminelle seront des complices ; dans le deuxième cas, elles seront considérées comme co-auteurs. En ce qui concerne spécialement notre cas, comment qualifier les actes de ceux qui coopèrent à l'avortement d'une femme ? Seront-ils co-auteurs ou complices ?

Écartons d'abord un cas très rare, celui où les manœuvres abortives auront eu lieu sans le consentement de la femme ; ainsi on aura fait prendre à une femme enceinte des breuvages, des médicaments abortifs, on aura exercé sur elle des violences sans son consentement ou même contre sa volonté ; dans cette hypothèse, ces actes constituent plus que la complicité ; ils forment la culpabilité principale ; ceux qui se sont livrés à ces manœuvres sont seuls auteurs, et s'ils ne réussissent pas, ils peuvent être punis pour tentative, sans violation des principes de la complicité ; mais ce cas ne peut se présenter que fort rarement.

Prenons l'hypothèse la plus générale, celle où la femme a consenti à l'avortement, et qualifions les actes de ceux qui ont coopéré aux manœuvres abortives ; aurons-nous affaire à des complices ou à des co-auteurs ? Il n'y a pas de règle irréductible, mais la plupart du temps on se trouvera en présence de complices ; car les articles 59 et 60 prévoient à peu près toutes les formes de la participation. Une personne indique à une

femme enceinte les moyens de se faire avorter : n'est-ce pas la femme, qui en prenant le breuvage, est le seul auteur de l'avortement ou de la tentative d'avortement ? Nous dirons de même si on lui administre les aliments, breuvages et médicaments. Qu'est-ce qu'administrer, en effet ? C'est préparer, composer et donner à prendre ; mais c'est la femme qui les prend, c'est elle qui commet l'avortement ou du moins la tentative, et les personnes qui lui ont indiqué ou administré ces objets ne sont pas punissables que parce qu'ils tombent sous le coup de l'article 60 ainsi conçu : « Seront punis comme complices ceux qui auront procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, et ceux qui auront avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur de l'action dans les faits qui l'auront préparée, facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée ». Or, il est de principe constant que les actes de complicité n'ont qu'une criminalité d'emprunt, et doivent pour être soumis à une répression pénale se rattacher à un fait punissable, car il est évident que s'il n'y a pas de fait principal, s'il n'existe pas de crime, il ne peut y avoir de participation criminelle dans ce fait : cela résulte de la nature même des choses. Dans notre hypothèse, nous avons des complices d'un fait qui jouit de l'immunité la plus complète lorsqu'il n'y a eu que tentative, et cependant la cour de Cassation prétend les punir ; ne viole-t-elle pas d'une façon flagrante les articles 59 et 60 ? Ce résultat est d'autant plus grave que dans presque tous les cas d'avortement, il est impossible de ne pas reconnaître que la coopération ne constitue que des actes de complicité. Voilà le résultat auquel est amené la Cour suprême par son interprétation judaïque du texte.

On ne saurait toutefois nier que parfois les personnes qui coopèrent à l'avortement d'une femme enceinte, peuvent être considérés comme co-auteurs : ainsi on peut soutenir que le

médecin qui aura, à l'aide d'une opération chirurgicale pratiquée sur la femme, procuré ou tenté de procurer l'avortement, est un co-auteur, en ce qu'il a pris une part active dans le fait même de la consommation, et alors on pourra, sans violer les principes qui régissent la complicité, le soumettre à une répression, mais si la loi était ainsi faite elle renfermerait une grande contradiction. Comment ! je prépare un breuvage de nature à amener l'avortement, et je ne suis pas puni ; je pratique une opération chirurgicale dans le même but, et je ne profiterai pas de l'impunité qui m'était accordée dans le premier cas !

Pour quel motif ?

En résumé, la jurisprudence en refusant de voir dans l'article 317 une exception absolue au principe de l'article 2, méconnaît l'esprit de la loi que révèlent si clairement les travaux préparatoires, et, ce qui est plus grave, viole les principes les plus certains en matière de complicité. Nous concluons donc en disant que le législateur n'a pas incriminé la simple tentative d'avortement, quel qu'en soit l'auteur : l'avortement qui a produit son effet est seul puni.

Deuxième exception. — Elle est admise par la jurisprudence et a trait au faux témoignage. D'après la cour de Cassation, il est un principe important qui domine l'existence et la répression légale du faux témoignage, c'est que les différentes parties d'une déposition forment un tout indivisible, et que jusqu'à la clôture des débats, le témoin suspect peut rétracter son témoignage, doit être mis en demeure de le maintenir ou de le rétracter ; la clôture seule des débats imprime un caractère irrévocable au faux témoignage maintenu jusque-là : si avant il y a rétractation, on ne saurait légalement mettre à sa charge, délit ou crime de faux témoignage, parce que le délit ou le crime n'existe qu'à la condition d'avoir été consommé, or il n'est ré-

puté consommé qu'après la clôture des débats répressifs survenue sans que le témoignage eût été rétracté. Si ce principe est exact, il en résultera que la tentative n'est pas punissable, cas où les débats ne sont pas fermés, et le témoin peut se rétracter et sa déposition s'évanouit au moment de sa rétractation, ou les débats sont formés, et le faux témoignage se trouve consommé.

Ainsi, ou il n'y a pas de délit, ou il y a délit consommé; la tentative se trouve ainsi à l'abri de toute poursuite : c'est une dérogation à la règle générale.

Mais ne peut-on pas demander à la Cour suprême, sur quel texte elle s'appuie pour décider que le faux témoignage n'existe pas lorsque la déposition mensongère est rétractée avant la clôture des débats, et ne constitue un fait punissable que s'il a pu influencer sur le résultat du procès ? On ne voit pas aussi clairement que semblent le prétendre ses arrêts, que cette solution résulte des deux paragraphes de l'article 361 : la loi ne faisant aucune distinction, on trouve difficilement une raison juridique pour étayer ce système. Comment ! le fait d'avoir donné, dans le but de sauver un coupable, ou de compromettre un innocent, sous la foi du serment, des renseignements mensongers aux magistrats, ne porte-t-il pas une atteinte assez grave à la morale et aux intérêts de la société pour motiver une peine ? L'auteur d'un pareil attentat ne mérite-t-il pas un châtimement ? Si le voleur qui rapporte l'objet volé avant toute poursuite, est néanmoins soumis à une répression d'après la loi pénale, on ne saisit pas le motif pour lequel le témoin qui se rétracte sur les menaces du Président échapperait à toute peine.

Pour nous, la tentative de faux témoignage, lorsqu'elle se présentera, sera, en présence de la généralité des termes de l'article 2, punissable comme la tentative des autres crimes, et

les principes généraux recevront ici leur application : celui qui aura été interrompu dans sa déposition mensongère, par un accident indépendant de sa volonté, ou même celui qui aura rectifié ses premières allégations sur les remontrances sévères du Président qui lui fera remarquer la contradiction existant entre son dire et les faits de la cause, sera punissable de tentative de faux témoignage, quoiqu'il n'ait pas achevé sa déposition : mais si la rétractation a été l'effet d'un mouvement volontaire, ou le résultat d'un remords, ou de souvenirs recueillis et coordonnés avec plus de maturité et de réflexion, le témoin ne sera nullement incriminée, et nous serions d'avis de lui accorder la faculté de faire cette rectification jusqu'à la clôture des débats : nous concilions ainsi les intérêts de l'accusé avec la saine application de la loi. Faisons remarquer sur ce point que depuis les révisions de la loi du 13 mai 1863, si la tentative de faux témoignage en matière criminelle, et la tentative en matière correctionnelle et civile, dans le cas où le témoin a reçu de l'argent ou une récompense quelconque, ou des promesses, sont punissables, la tentative en matière correctionnelle et civile, dégagée de ces circonstances, ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, puisque les faux témoignages ne constituent plus que des infractions correctionnelles, et que les tentatives de délits aux termes de l'article 3 ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par la loi ; or les articles 362 et 363 ne renferment pas une disposition de cette nature.

Troisième exception. — La tentative de subornation de témoins n'est pas punissable : cela résulte des principes qui révoquent la complicité : en effet la subornation n'est que la provocation à commettre le faux témoignage : elle en constitue un acte de complicité : le principal auteur est le faux témoin, le suborneur est son complice : d'où il ressort que la subornation

prise en elle-même ne constitue pas un fait punissable ; elle ne le devient que si elle se rattache à un faux témoignage tenté ou consommé ; si la personne qu'on a tenté de suborner, refuse de trahir la vérité, on doit voir dans cette tentative une mauvaise action ; on ne saurait y trouver les éléments de la criminalité.

SECTION II

De la tentative de délits

La loi du 22 prairial an IV était restreinte aux tentatives de crimes : dès lors on ne pouvait en faire aucune application aux délits de police correctionnelle, mais on trouve dans la loi du 23 frimaire an VIII une disposition qui a trait à la tentative des délits.

A la suite d'articles qui retranchaient du Code pénal certains faits qui y étaient qualifiés crimes et punis d'une peine afflictive et infamante, pour les ranger dans la classe de simples délits correctionnels, vient l'article 17 de cette loi qui est ainsi conçu : « La loi du 22 prairial an IV contre les tentatives de crimes est applicable à tous les délits sus-énoncés ainsi qu'à ceux mentionnés dans l'article 32 du Code de police correctionnelle ». Ainsi deux sortes de délits étaient soumis, au point de vue de la tentative, à une répression : d'abord les anciens crimes correctionnalisés par cette loi : c'étaient le vol accompli dans certaines circonstances, les menaces verbales ou par écrit d'incendier la propriété d'autrui : la loi y fait allusion dans la première partie de l'article 17. Puis on crut utile d'étendre cette disposition aux délits mentionnés dans l'article 32 du titre 2 de la loi du 19-22 juillet sur la police correctionnelle, qui n'avaient jamais été soumis à la pénalité de la tentative : c'étaient les larcins, filouteries et simples vols qui n'ap-

partenaient ni à la police rurale, ni au Code pénal : ce fut l'objet de la seconde disposition de l'article 17, mais cette loi n'alla pas plus loin, et conséquemment tous les autres délits étaient hors de l'empire de la loi du 22 prairial an IV sur la tentative, la liste des délits dont la tentative était réprimée se trouvait ainsi dressée d'une façon limitative. Notre Code pénal a adopté ce système, et l'article 3 n'est qu'un abrégé de ces diverses dispositions.

Les principaux cas dans lesquels la tentative des délits est punie sont :

- 1° l'évasion de détenus (241-245) ;
- 2° le vol (388-401)
- 3° le détournement par le saisi d'objets saisis et confiés à sa garde (400. 3° al) ;
- 4° les atteintes à la liberté du travail (414) ;
- 5° l'escroquerie (405).

La loi du 13 mai 1863 a transformé en délits un certain nombre de crimes, et en a réprimé la tentative par une disposition expresse ; elle l'a fait :

1° pour la contrefaçon ou l'usage illicite de sceaux, timbres ou marques (142 et 143)

2° pour la concession de la part des fonctionnaires publics (74)

3° pour le bris de scellés (251) ;

4° pour les violences exercées par les vagabonds (279), etc., etc.

Enfin la tentative des délits est déclarée punissable par des lois spéciales :

1° pour les empêchements portés à l'exercice des droits électoraux (Décret du 2 février 1852 (1), mais il a été jugé que

1. Art. 39 et 40. Voir en outre loi du 2 août 1875, art. 19 ; loi du 30 novembre 1875, art. 3.

cette disposition est exclusivement relative à l'élection des députés et sénateurs, et qu'elle n'est pas applicable aux élections départementales et communales (9 avril 1880. S. 81-1-277) ;

2° pour l'irruption avec violence dans un collège électoral en vue d'empêcher un choix (Décret du 2 février 1859, art. 42.

3° pour la vente à faux poids et à fausse mesure (Loi du 27 mars 1851, art. 1.)

Quant aux délits militaires les articles 202 du Code de 1857 et 260 du Code de 1858 leur déclarent applicable en principe l'article 3 du Code pénal.

On a considéré aussi comme présentant un cas de tentative de délit punissable l'article 179, § 2, du Code pénal, qui punit de peines correctionnelles ceux qui ont tenté de contraindre ou de corrompre un fonctionnaire public : cela n'est pas exact : le but que se proposait le coupable dans ce cas constitue non pas un délit, mais un crime : en effet, l'article 179 dans son premier paragraphe considère et punit comme crime le fait de contraindre ou corrompre un fonctionnaire, lorsque la contrainte et la corruption ont produit leur effet : mais dans le cas où les violences n'ont eu aucun effet, au lieu d'assimiler la tentative restée infructueuse au crime consommé, et de lui infliger la même peine, il ne la punit que de peines correctionnelles. Ainsi il n'est pas vrai de dire qu'il y a ici une tentative de délit exceptionnellement punie, mais la tentative d'un crime est punie comme un délit spécial : il y a exception à l'article 2 et non à l'article 3, et on est obligé de regarder comme nulles dans le paragraphe premier ces expressions : ou tenté de corrompre ou tenté de contraindre, et de ne considérer pour régler ce qui concerne la tentative que le paragraphe deuxième ; sans cela, on arriverait à des résultats inadmissibles, et condamnés par les principes généraux. Si le paragraphe premier se rapportait aussi à la tentative, on serait obligé de distinguer deux

espèces de tentative ; celle qui a produit son effet, et celle qui a manqué son effet.

L'article 3 ne dit pas quels devront être en matière de délit les caractères de la tentative : doit-elle être, pour tomber sous le coup de la loi pénale, accompagnée de toutes les circonstances mentionnées dans l'article 2 ? En un mot, doit-elle être manifestée par un commencement d'exécution, et doit-elle n'avoir été suspendue ou n'avoir manqué son effet que par une cause indépendante de la volonté de son auteur ?

D'après la cour de Cassation, il n'est pas nécessaire que la tentative réunisse les caractères exigés par l'article 2 ; ce principe a été consacré par la jurisprudence à maintes reprises, et notamment par un arrêt de cassation du 26 septembre 1828 relatif à la tentative du délit d'escroquerie, où on lit : « Attendu qu'on ne peut invoquer les règles générales du Code pénal sur les circonstances constitutives de la tentative de crime dans les cas particuliers, où la tentative de délit est assimilée au délit même : que c'est un fait spécial que le législateur n'a pas assujetti dans l'article 3 aux règles posées dans l'article 2 », et par deux arrêts statuant à l'égard de la tentative de tromperie sur la quantité de la marchandise vendue, l'un de la cour d'Orléans du 11 novembre 1851, l'autre de la cour de Metz du 15 novembre 1854. On lit dans ce dernier : « Attendu que l'article 3 renvoie à des lois spéciales le soin de punir les tentatives de délit, sans énumérer les caractères que doivent présenter ces tentatives pour être assimilées au délit lui-même ; que d'un autre côté la définition de la tentative contenue dans l'article 2 ne s'applique qu'aux crimes ».

En ce sens, arrêts de la cour de Cassation, 6 octobre 1854, Sirey 1855-1-306, 1 juillet 1880, Sirey 81-1-237.

On en a conclu que les tentatives de délit peuvent être déclarées punissables sans qu'il soit nécessaire que le jugement

de condamnation constate l'existence des circonstances déterminées par l'article 2 ; car les tribunaux correctionnels étant juges du fait et du droit, le jugement par lequel ils déclarent un individu coupable de tentative de délit, constate suffisamment par lui-même les éléments constitutifs au délit.

Nonobstant cette jurisprudence, la doctrine contraire qui assimile la tentative de délit à celle du crime, en ce qui concerne les caractères nécessaires pour la constituer, est généralement enseignée par les auteurs et avec beaucoup de raison, je crois. Il est assez naturel de penser, par le rapprochement des articles et en outre par suite de l'existence des mêmes motifs, que la tentative punissable est définie d'une manière générale par l'article 2, et que c'est dans cet article qu'on doit en chercher les conditions. L'article 3 n'a eu qu'un but, c'est de restreindre à l'égard des délits une règle que l'article 2 applique à tous les crimes : il en limite l'application, mais la règle reste la même : ce qui le prouvait, c'étaient les anciens articles 414 et 415 (textes de 1810 et de la loi du 27 novembre 1849) ; on y voyait en effet que l'un des éléments constitutifs de la tentative était le commencement d'exécution. Ajoutons que les articles 2 et 3 ne sont ainsi que nous l'avons vu, que la reproduction des dispositions des lois du 22 prairial an IV et du 25 frimaire an VIII, art. 17 ; ils ont par conséquent la même signification. Or la loi du 25 frimaire était formelle, elle portait : « Toute tentative de délits manifestée par des actes extérieurs, et suivie par un commencement d'exécution, sera punie comme le délit si elle n'a été suspendue par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de son auteur). Il n'est donc pas douteux que l'article 3 du Code pénal n'ait aussi sous ce rapport le même sens que l'article 2 : si les rédacteurs de 1810 avaient voulu créer une dérogation, ils s'en seraient expliqués d'une façon formelle, nous pouvons en outre faire avec Bertauld la

remarque suivante : le législateur de 1810 a affranchi en général la tentative du délit de la pénalité « parce que l'exécution des délits pouvait très bien avoir été préparée et commencée par des circonstances et des démarches qui en elles-mêmes n'ont rien de reprehensible, et dont l'objet n'est bien connu que lorsque le délit est consommé ». Ce sont les paroles mêmes de Treillard dans l'exposé des motifs; or, si en matière de délits le commencement d'exécution est plein d'équivoque, et trop peu précis pour motiver une punition, serait-il raisonnable de décider, quand par exception la tentative de délit est punissable, que la loi n'exige pas la présence de faits extérieurs qui transforment la résolution en infraction.

De plus, si l'opinion de la jurisprudence était admise il faudrait dire que la tentative de crime serait plus favorisée que celle du délit : les actes préparatoires du délit pourraient être punis, et la prime de l'impunité ne serait pas assurée à celui qui se désiste après avoir tenté un délit.

Il faut donc décider que la tentative de délit n'est punissable que si elle est caractérisée, nous en concluons que le jugement qui appliquera la peine devra contenir l'indication exacte des éléments exigés par l'article 2, et dont la réunion peut seule justifier la répression : la décision qui les omettrait ne constituerait pas un jugement qualifié, et ne saurait être réputée satisfaire virtuellement à la loi.

Il nous reste à dire un mot sur une matière spéciale qui soulève des questions de tentative du plus haut intérêt : nous voulons parler *du duel*.

Sous le premier empire, aucune action judiciaire ne fut intentée pour cause de duel; la réaction morale qui suivit la Restauration fit naître pour la première fois la pensée de l'incriminer : des poursuites eurent lieu, et des cours Royales décidèrent que l'homicide et les coups et blessures résultant du

duel n'étaient pas affranchis de l'application de la loi pénale, mais ces décisions furent invariablement annulées par la Cour suprême, et ainsi la justice dut rester indifférente à l'effusion du sang dans ces espèces de guerres privées. En 1837, par un arrêt du 22 juin, sollicité par une voix éloquente et précédé d'une énergique manifestation de principes, la Chambre criminelle de la cour de Cassation abandonna la jurisprudence suivie jusque-là, et déclara que l'homicide et les blessures causés par un duel rentraient dans les dispositions générales du Code pénal, le 15 décembre suivant, toutes les Chambres réunies en audience solennelle pour juger la même affaire après renvoi, confirmèrent ce changement de jurisprudence dans lequel la cour de Cassation a définitivement persisté depuis, et peut être aujourd'hui considérée comme invariablement établie en ce sens. Suivant cette nouvelle jurisprudence, l'abolition après 1789 de la législation spéciale sur les duels, a eu pour effet de placer l'homicide commis en duel sous l'empire des dispositions du droit commun qui ont successivement réprimé, dans le Code pénal de 1791, dans celui de l'an IV et celui de 1810, actuellement en vigueur, tout homicide volontaire, sauf les seuls cas où cet homicide a été déclaré excusable ou non criminel, cas auxquels on est forcé de reconnaître que le duel est complètement étranger.

Mais les duels n'ont pas toujours une issue fatale ; ils ne coûtent pas toujours la vie à l'un des combattants : parfois ils se terminent par de simples blessures : c'est dans ce cas qu'il s'élève une question dont la solution n'est pas sans difficulté ; l'auteur des blessures doit-il être considéré simplement comme coupable de blessures volontaires, ou comme coupable de tentative de meurtre avec préméditation ?

La peine est bien différente dans les deux cas, et puis la juridiction chargée de prononcer peut n'être plus la même

car si l'auteur du délit est considéré comme coupable de simples blessures, et que ces blessures n'aient pas été suivies de mutilation, amputation, privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes, ce fait, aux termes de l'article 309, révisé par la loi du 13 mai 1863, ne constitue pas un crime, mais se réduit aux proportions d'un simple délit ; c'est de la police correctionnelle qu'il est justiciable, et non de la cour d'assises, sous le premier rapport l'inculpé est intéressé à prétendre qu'il n'y a pas eu de sa part tentative de meurtre ; mais il en est autrement sous le deuxième, la condamnation étant plus certaine devant les tribunaux correctionnels que devant le jury : aussi il n'est pas rare de voir dans les débats publics engagés sur une prévention de ce genre, le ministère public soutenir que le fait poursuivi ne constitue qu'un simple délit correctionnel, et le prévenu au contraire prétendre qu'il y avait eu tentative de meurtre.

On résoudra la difficulté en recherchant l'intention de l'auteur des blessures : voulait-il tuer son adversaire, et peut-on dire que l'ayant seulement blessé, il a fait moins qu'il ne voulait faire ? Tel est le point sur lequel devra se concentrer l'attention des magistrats.

Si l'intention de donner la mort est prouvée, la tentative d'un crime étant, d'après l'article 2, considérée comme le crime même, il y aura lieu d'appliquer la peine relative à l'homicide ; cette preuve est laissée à l'appréciation des juges du fait : elle sera puisée soit dans la nature des armes choisies, soit dans les conditions du combat, dans les distances à observer entre les combattants, soit dans toutes les autres circonstances propres à faire connaître à cet égard, leur véritable but. Si l'intention de donner la mort n'est pas prouvée, le fait se réduira en un simple délit, sauf dans les cas des blessures prévues par l'ar-

ticle 309, troisième alinéa, où il y a crime passible de la réclusion.

Dans le cas où les adversaires ne se sont pas atteints, où il n'y a eu ni mort ni blessures, pourra-t-on dire qu'il y a eu tentative de meurtre, ou tentative de coups et blessures ?

La solution de la question dépendra de l'intention des combattants, que l'on tâchera de pénétrer en prenant pour base les indications que nous avons passées tout à l'heure en revue. Si l'intention d'homicide est établie, la tentative est punissable : en l'absence d'intention d'homicide, comme les combattants doivent être réputés n'avoir, en cherchant à se blesser, sans y réussir, tenté qu'un simple délit; il bénéficiera de la règle d'après laquelle la tentative d'un délit n'est point punissable, quand elle n'est pas prévue par une disposition spéciale de la loi.

Faisons remarquer que celui qui, après avoir tiré sur son adversaire sans l'atteindre a été ensuite blessé par lui, peut être poursuivi pour tentative d'homicide volontaire aussi bien que ce dernier.

Toutes ces solutions ont été consacrées par la jurisprudence.

CHAPITRE III

DE LA PEINE APPLIQUÉE A LA TENTATIVE.

Avant d'examiner sur ce point les dispositions du Code actuel, il nous paraît intéressant de jeter un coup d'œil rétrospectif sur les anciennes législations ; nous comparerons ensuite le système français.

Platon voulait que celui qui avait conçu le dessein de tuer un citoyen, hors des cas permis par la loi, et qui manquait son coup et ne faisait que le blesser fût traduit en justice comme meurtrier ; selon lui, ayant blessé dans la vue de tuer, il ne méritait pas plus de grâce ni de compassion que s'il avait tué réellement ; néanmoins par reconnaissance pour le bon génie qui, ayant pris pitié de lui et du blessé, avait détourné de celui-ci le coup mortel, et lui avait épargné le sort le plus funeste, il était d'avis de faire grâce au coupable de la mort, et de le condamner seulement à aller vivre dans quelque autre état voisin.

Les lois romaines nous offrent sur ce sujet un assez grand nombre de texte qui ne semble pas être en parfaite harmonie : certains paraissent assimiler la tentative au crime consommé : elles sont les lois ; loi 65, Dig. livre 47, titre 2 ; loi 7, livre 47, titre 11, loi 1, 2, loi 2, livre 47, titre 18, loi 1, § 1 et loi 3, livre 48, titre 8. Code. loi 5, livre 1, titre 3. loi 5, pr. cont. et Arcad et Honor., livre 9, titre 8.

D'autres distinguent le crime commencé du crime consommé, et n'appliquent au premier qu'une peine moindre ; telles

sont les lois ; Dig. loi 1, § 2, livre 2, titre 2, loi 21, 7, livre 47, titre 2 ; loi 1, § 2, livre 47, titre 11 ; lois 19 et 22, § 4, livre 48, titre 10.

Il est donc difficile de formuler une règle générale en présence d'oppositions si tranchées, et de dire si les Romains avaient organisé une doctrine que l'on peut qualifier de théorie sur la tentative ; on a toutefois essayé de concilier ces antinomies apparentes en disant qu'en thèse générale les jurisconsultes romains distinguaient le crime accompli, mais que, à l'égard de l'assassinat et des crimes atroces, la tentative était punie comme le crime même.

Dans l'ancien Droit Français un capitulaire de Charlemagne avait ordonné que celui qui avait voulu, mais n'avait pas pu donner la mort à une personne fût puni par homicide : « *Qui hominem voluntati occidere voluerit et perpetrare non potuit, homicidalamen habeatur* ».

Nos anciens criminalistes décidaient de même que dans les crimes atroces, la tentative devait être punie comme le crime même ; ils n'attachaient pas d'ailleurs au mot tentative la signification restreinte que nous lui attribuons aujourd'hui ; la tentative commençait pour eux du moment que l'agent avait fait quelque préparatif, quelque démarche destinée à faire arriver au but qu'il se proposait. L'ordonnance de 1579 dont nous avons déjà parlé contient en ce sens une disposition expresse à l'égard des assassins, de ceux qui se louent pour assassiner ou pour arracher un prévenu des mains de la justice.

En ce qui concernait les autres crimes, on établissait une règle différente : étaient punis tant les actes préparatoires que les actes d'exécution, mais on reconnaissait différents degrés de criminalité suivant que l'acte était éloigné *actus remotus*, ou qu'il était proche du but poursuivi, *actus proximus*. Le premier n'encourait qu'un faible châtement, parce que un *actu*

remoto potest esse spee pœnilendi quæ non est in proximò. Le second était frappé d'une peine plus sévère, mais inférieure à la peine du crime consommé : c'est ce que nous atteste Farinacius : « Non eadem, dit-il, pœna sed milior, et extraordinaria imponenda etiam quod fuerit deventum ad actum, proximum, est de mente omnium ». De homicidis quæst. 124, n° 9. Tiraqueau, qui avait déjà établi cette règle, en donne le motif suivant : « Nam quod delictum attentatum habeatur pro consummato non est secundum rerum naturam atque veritatem, sed est ex fictione ».

En 1682, les rédacteurs de l'Édit suivirent les traditions de l'ordonnance de 1579, et Muyart de Vouglans, le plus autorisé des commentateurs de cette œuvre législative, revient aux distinctions des criminalistes que nous avons examinées.

À l'exemple des commissaires de Louis XIV, le législateur de 1791, dans les articles 13 et 15, restreignait aux tentatives d'assassinat et d'empoisonnement l'application des peines établies contre l'accomplissement de ces mêmes crimes ; et la loi du 22 prairial an IV, étendait à tous les crimes la règle que la loi de 1791 avait limitée à certains faits, le principe de l'assimilation était ainsi consacré pour tous les crimes.

La légitimité de l'application de la même peine aux actes qui commencent l'exécution et à l'exécution même du crime pouvait être contestée ; aussi, lors de la discussion du Code pénal de 1810, ce principe fut l'objet des plus vives attaques. Corvetto voulait que les peines fussent proportionnées aux crimes ; selon lui il n'était pas juste qu'on infligeât au coupable qui a seulement tenté son crime une peine aussi sévère qu'à celui qui l'a consommé. Treilhard soutint le principe que, lorsque l'agent a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre, la loi portait équitablement contre lui la même répression que s'il eût réalisé son coupable dessein, il ajoutait

que le juge pourrait lorsqu'il le trouverait opportun, appliquer le *minimum* de la peine : le conseil d'état ne se laissa pas convaincre par l'éloquence du commissaire du gouvernement, et termina ses délibérations par l'adoption de l'article suivant : « La tentative ne sera punie des mêmes peines que le crime que dans les cas déterminés par la loi ». Le rapporteur fut plus heureux auprès de la section du conseil chargé de la rédaction, car elle décida que le nouveau Code emprunterait pour les crimes le texte même de la loi de prairial an IV, et l'article 2 prit la forme qu'il a gardée jusqu'à la révision de 1832. Quant à l'arrêté de la section d'élaboration, il ne trouva sa place que dans l'article relatif à la tentative des délits.

La discussion sur les principes se renouvela, avec une ardeur nouvelle à l'époque de la révision de 1832. Persil et la Rochefoucauld proposèrent un amendement tendant à faire appliquer à la tentative la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé. A l'appui de cette modification, ils soutenaient que l'intention criminelle se manifeste sans doute d'une façon irrécusable, mais qu'il peut y avoir repentir, que le désistement même involontaire peut être le signe d'une perversité moins grande ou d'une intention mal arrêtée, qu'en tout cas le dommage causé à la société est moins grand que si le crime avait été consommé. Encore une fois l'opinion de Treilhard obtint l'adhésion de la majorité, et ainsi l'article 2 est sorti de la révision de 1832, sous le rapport de la question qui nous occupe ce qu'il était auparavant : mais une invocation importante apportée dans nos lois criminelles a permis de modifier, suivant les circonstances, sa trop grande sévérité : nous voulons parler de la faculté accordée aux magistrats et aux jurés de déclarer des circonstances atténuantes. Le Rapporteur de la loi devant les chambres s'appuyait surtout pour combattre

l'amendement dont nous avons parlé, sur la possibilité de diminuer les peines de la tentative par l'application de l'article 463.

En général les législations étrangères ont établi entre la tentative et le méfait consommé, au point de vue de la pénalité, des nuances plus ou moins profondes.

En Angleterre, il n'existe pas de théorie générale sur la tentative. Ainsi la tentative d'empoisonnement est un crime capital, tandis que la tentative de vol sans effraction, lorsqu'elle n'a pas abouti, n'est pas punie de la même peine que si le vol avait réussi. Blakstone, dans ses lois Anglaises, fait connaître que celui qui a tenté de détruire un enfant vivant dans le sein de sa mère est puni de mort alors même que cet enfant n'en aurait pas souffert, et que dans le cas où il est fait usage de médecines ou autres moyens pour amener un avortement, s'il n'est pas prouvé que la femme est enceinte d'un enfant déjà vivant, les coupables peuvent être condamnés à l'amende, prison, pilori, fouet, ou à l'une ou à plusieurs de ces punitions.

Les Statuts de New-York ne punissent la tentative qu'autant qu'elle est accompagnée de quelque acte d'exécution, et la peine est graduée suivant la gravité du délit tenté. Si le fait tenté est puni de mort, la tentative est punie de dix ans d'emprisonnement; si le fait est passible de prison, la peine est moitié moindre.

La législation prussienne adopte le système français, mais il se dément lui-même en disposant au deuxième paragraphe de l'article 32, que, lorsque le crime emporte la peine de mort, la tentative sera frappée de dix ans au moins de travaux forcés.

Le Code italien distingue le délit tenté du délit manqué. Dans le premier cas, la peine est de deux ou trois degrés inférieure à celle du méfait consommé; dans le deuxième, elle est d'un degré inférieure.

Le Code pénal d'Autriche range parmi les circonstances atténuantes la tentative inachevée.

En Espagne, on distingue du délit consommé le délit manqué et la simple tentative; on n'applique aux auteurs d'un délit manqué que la peine du degré immédiatement inférieure à celle infligée par la loi au délit consommé. Quant aux auteurs d'une simple tentative, on ne les punit que d'une peine inférieure de deux degrés, et n'est pas considéré comme coupable de tentative celui qui après un commencement d'exécution s'est volontairement désisté.

Dans le Code pénal de Belgique, la tentative est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, d'après l'échelle établie aux articles 80 et 81 du Code pénal.

La loi Hongroise se borne à poser en principe que plus le fait se rapproche de la consommation, plus il doit être sévèrement réprimé.

Dans le Code pénal du Brésil, on suit un système de diminution progressive analogue à celui de notre article 463.

Le Code la Louisiane, qui a banni la peine de mort de la catégorie de ses pénalités, pose une règle plus absolue: la moitié de la peine dont est passible le fait consommé est applicable à la tentative.

En somme, la France est à peu près le seul pays qui ait consacré le principe de l'assimilation, au point de vue pénal, de la consommation du méfait et de la tentative; de graves réclamations se sont fait entendre contre cette disposition: voyons si on peut la mettre à l'abri des nombreuses critiques dont elle est l'objet.

Pour procéder clairement à l'examen de la loi sur ce point, nous parlerons séparément des deux cas indiqués dans l'article 2: de la tentative fortuitement suspendue, et du méfait manqué: Et d'abord de la tentative fortuitement suspendue.

L'application d'une peine à ce cas est parfaitement légitime : l'agent qui a manifesté extérieurement une résolution criminelle dont l'effet n'a été suspendu que par des circonstances indépendantes de sa volonté, a produit dans la société un trouble, a causé une alarme qui réclame un châtement ; mais il est difficile de soutenir que la loi a été bien inspirée en punissant ce cas de tentative comme le méfait lui-même ; la société, nous l'avons vu, puise son droit de punir dans sa mission d'assurer l'ordre ; le trouble causé par l'infraction doit servir de base à la peine : la peine frappant l'acte coupable doit, en effet, être en raison directe du danger couru ; or, si l'on considère la gravité matérielle de la tentative, il est évident que celle-ci ne peut être placée sur la même ligne que le fait consommé ; le dommage causé par un crime accompli n'est-il pas beaucoup plus considérable que celui qui résulte d'une tentative ? Donc à l'acte consommé, son châtement ; à la tentative, sa peine proportionnelle : de même que la tentative n'est pas arrivée au terme, de même la peine encourue par elle ne doit pas être celle qui est réservée pour le terme, pour l'acte achevé : les frapper de la même peine c'est confondre la responsabilité pénale et la responsabilité morale : c'est faire abstraction de l'élément matériel du crime, pour ne tenir compte que de la perversité de l'intention ; c'est enfreindre le principe sur lequel nous avons établi pour la société le droit de punir.

Et d'ailleurs lorsque la tentative est suspendue par un événement fortuit, qui pourrait dire d'une façon certaine que, sans cet événement le crime aurait été consommé ? La loi peut le supposer, mais ce n'est qu'une induction : le coupable était sur le chemin du crime, mais il pouvait s'arrêter. Pourquoi ne pas admettre qu'un remords aurait pu arrêter son bras, lorsqu'il eût aperçu le crime face à face ?

Cette opinion a réuni les suffrages de presque tous les cri-

minalistes. En ce sens, Beccaria, Legraverend, Carnot, Faustin-Hélie, Rossi. Quelques voix dissidentes se sont fait entendre pour soutenir le système français, un des plus grands penseurs qui aient sondé les profondeurs du droit criminel, Filangieri s'est rangé à cette dernière opinion, il veut que la tentative, c'est-à-dire la volonté de violer la loi, soit punie comme le méfait consommé. Lacointa (*Rev. critiq. de jur. en mat. civil.*, tome 23, pag. 452), partage aussi cette manière de voir, mais les considérations qu'ils développent laissent debout les arguments que nous avons présentés.

En ce qui concerne le méfait manqué, la question de savoir s'il mérite la même peine que le méfait consommé est vivement discutée; d'éminents criminalistes n'hésitent pas à décider qu'il ne doit pas y avoir assimilation au point de vue de la quotité de la peine, entre le crime manqué et celui qui a atteint son but. Ils se fondent sur l'absence du dommage, la distinction que fait l'opinion publique entre les deux situations, et font remarquer que le remords du coupable est plus ou moins cuisant, suivant qu'il se trouve dans un cas plutôt que dans un autre; en conséquence, ils établissent au-dessous du châtement du méfait consommé une peine supérieure à celle du crime dont la tentative a été suspendue.

C'est là je crois, une opinion inexacte, la société a autant d'intérêt à punir le méfait manqué que le méfait consommé, le trouble causé dans l'ordre social est aussi grave dans les deux cas; dans l'une et l'autre hypothèse, le repentir n'a pas arrêté l'agent dans son exécution, et si le but n'a pas été atteint, c'est le fait du hasard; or, serait-il raisonnable de ranger les hasards parmi les excuses légales? La sécurité de la société serait fort équivoque si la loi permettait que dans l'esprit de l'agent, il se glissât, au milieu d'autres considérations, cette pensée, quelque vague qu'on la suppose, qu'il peut avancer chercher, à réaliser son

dessein, et qu'après la perpétration de son crime, il lui reste encore une chance, serait-ce une seule sur un million, celle de manquer le but, et de conquérir de la sorte un titre à l'indulgence de la loi.

« Les hommes, disent Chauveau et Faustin-Hélie (tome I, *op. citat.*, p. 398), ont moins d'horreur pour les mains qui ne sont pas souillées de sang que pour celles qui s'y sont trempées ».

Mais est-ce dans cette impression toute physique que la loi doit puiser les règles de la répression ? ce qu'elle doit apprécier, c'est la criminalité telle qu'elle en résulte par les faits, et les troubles publics qu'ils ont causé.

Nous concluons donc en disant que la loi n'aurait pas dû assimiler au point de vue de la quotité de la peine la tentative inachevée au méfait consommé : elle est sur ce point d'une rigueur excessive : on a senti plusieurs fois cette injustice : les projets de réforme présentés à plusieurs reprises en font foi : mais notre législateur s'est contenté de se confier au système des circonstances atténuantes. Chauveau et Faustin-Hélie font très bien remarquer que c'est entièrement détourner ce système de son but, que de l'employer à rectifier les incriminations de la loi : il s'agit dans un cas de résoudre un problème de législation, une question de droit ; dans un autre, il s'agit d'apprécier un simple fait.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — La règle : *res perit domino* est étrangère au droit romain.
- II. — Dans la vente pure et simple, la règle que les risques sont pour le vendeur, tirée par quelques auteurs de la loi 33, D. *Locali conducti*, ne peut prévaloir contre la règle contraire du § 3 des Institutes.
- III. — Il faut, en matière de risques, appliquer à l'échange les mêmes règles qu'à la vente.
- IV. — Dans le louage d'ouvrage, si la chose commencée ou achevée périt par cas fortuit avant que le maître ait approuvé ou été mis en demeure d'approuver, le *conductor* a droit à un salaire proportionné au travail qu'il a fourni.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

- I. — La charge de la preuve de la numération des deniers sur l'exception *non numeratæ pecuniæ* et sur la *condictio sine causa* incombait au créancier, quoique cette numération fut avouée dans la *cautio*, signée par le débiteur.
- II. — Dans le droit classique, le possesseur de bonne foi ac-

quérait définitivement les fruits par cela seu^l qu'ils étaient séparés du sol.

- III. — Un co-propriétaire ne peut, sans le concours de ses co-propriétaires, faire des dépenses utiles à la chose commune.
- IV. — Dans le dernier état du Droit Romain, lorsque deux actions naissaient du même fait, on admettait d'une manière absolue le principe du cumul.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Il ne peut y avoir tentative de crime impossible.
- II. — La tentative d'avortement n'est pas punissable.
- III. — Il peut y avoir tentative de faux témoignage et elle doit être punie d'après les principes généraux.
- IV. — La cour de Cassation peut casser les décisions judiciaires pour qualification erronée de commencement d'exécution, donnée à un fait constaté souverainement.

DROIT CIVIL

- I. — Le contrat par correspondance se forme au moment de l'émission de l'acceptation.
 - II. — Le droit pour la femme séparée de biens, d'aliéner ses meubles sans autorisation n'est pas renfermé dans les limites de l'administration.
 - III. — La dot mobilière n'est pas inaliénable.
 - IV. — La séparation des patrimoines constitue un véritable privilège.
 - V. — La succession anormale de l'ascendant donateur et la succession au reste des biens constituent une seule et même succession.
-

- VI. — Les aliénations d'immeubles faites par l'héritier apparent ne sont pas opposables à l'héritier véritable.

DROIT CRIMINEL

- I. — Un juge d'instruction a qualité pour saisir à la poste les lettres dont il croit la connaissance nécessaire à l'instruction.
- II. — La cour d'assises peut, en cas de contumace, déclarer l'existence de circonstances atténuantes.

DROIT D'ENREGISTREMENT

- I. — L'administration ne peut pas pour le paiement des droits de succession venir par contribution avec les créanciers de la succession.
- II. — Les droits de mutation ne sont pas dûs en cas de succession vacante.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — Le scrutin uninominal est plus conforme au principe de la représentation proportionnelle que le scrutin de liste.
- II. — Le pouvoir de révision de l'Assemblée nationale peut être limité d'avance par les Chambres.

Vu par le Président,
ALBERT DESJARDINS.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — Définition du cas fortuit, explication de quel- ques règles qui lui sont relatives	12
CHAPITRE II. — Des obligations unilatérales	22
CHAPITRE III. — Des obligations synallagmatiques	38
PREMIÈRE PARTIE. — Des contrats innommés	39
Section A. — De la vente	39
§ 1. — Vente pure et simple d'une <i>species</i>	39
§ 2. — De la vente conditionnelle.	49
Section B. — Du louage.	57
§ 1. — Du louage des choses.	57
§ 2. — De la <i>locatio operarum</i>	60
§ 3. — De la <i>conductio operis</i>	61
Section C. — Du bail emphytéotique.	65
Section D. — Du contrat de société	66
DEUXIÈME PARTIE. — Des contrats innommés	72

DROIT FRANÇAIS

De la tentative en matière criminelle et correctionnelle.

INTRODUCTION	I
CHAPITRE I. — Des éléments constitutifs de la tentative et des conditions auxquelles elle est punissable	13
Première condition. — Du commencement d'exécution.	26
Deuxième condition. — Suspension ou inefficacité de la tenta- tive par suite de circonstances indépendantes de la vo- lonté de l'auteur	39
CHAPITRE II. — Dans quelles matières la tentative est-elle punis- sable.	61
Section I. — De la tentative des crimes	62
Section II. — De la tentative des délits	75
CHAPITRE III. — De la peine appliquée à la tentative	84

ADDENDA ET CORRIGENDA

DROIT ROMAIN

Page 25, ligne 27, ajouter : *L'obligation ne renaitra pas.*

Page 25, ligne 29, après les mots *dari non possit* ajouter : *aut dari possit* : L. 83, § 5, D. XLV-1.

DROIT FRANÇAIS

Page 25, ligne 14, *principales* au lieu de *passables*.

Page 58, ligne 16, au lieu de *ne doit pas* lire *ne doit-on pas*.

Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.